

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Alexandre Casanova Mantovani

**ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

**Porto Alegre
2016**

ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI

**ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Me. Rafael Sirangelo de Abreu.

**Porto Alegre
2016**

ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI

**ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 13 de junho de 2016

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelos diversos momentos de felicidade que me proporcionam, pelo suporte fornecido ao longo de todos esses anos, tanto afetivo quanto financeiro, sem o qual cursar essa especialização não teria sido possível, tampouco escrever esta monografia; aos meus avós, pela presença nos momentos mais relevantes da minha vida, e por muito terem contribuído com a minha formação e com a minha satisfação pessoal; aos meus irmãos, pelo convívio diário, paciência e por estarem disponíveis nos momentos de necessidade.

Ao professor Daniel Mitidiero pelas excelentes aulas e pelos livros emprestados, que foram fundamentais à realização da pesquisa por trás desta monografia.

Ao meu orientador, Rafael Abreu, pelas oportunas sugestões, pela orientação e pelos livros emprestados.

Ao colega Matheus Lima Senna pelas diversas sugestões e apontamentos em relação ao tema, e por dispensar muitas horas na leitura dos diversos esboços deste ensaio.

Por fim, a todos os meus amigos por propiciarem diversos momentos de felicidade e descontração nas horas em que se fazia necessário um desligamento desta monografia.

RESUMO

Este ensaio dedica-se à análise da contribuição que o princípio da boa-fé pode fornecer à matéria dos negócios jurídicos processuais. Para tanto, fez-se um estudo na doutrina nacional e estrangeira, principalmente a portuguesa e alemã, sobre o princípio da boa-fé. Esse estudo foi complementado por análise jurisprudencial da aplicação da boa-fé, fornecendo as bases necessárias à previsão da aplicação nos negócios jurídicos processuais. Foram também expostas as características dos negócios jurídicos processuais, com base em doutrina nacional e alemã, para, por fim, expor algumas possibilidades de aplicação da boa-fé aos negócios jurídicos processuais.

Palavras-chave: boa-fé. negócios jurídicos processuais. convenções processuais. acordos processuais. processo civil. princípios do direito contratual.

ABSTRACT

This essay is dedicated to examine the possibilities offered by the principle of good faith regarding procedural contracts issue. To this, we will start by the studies of national and international doctrine about the principle of good faith, mainly Portuguese and German. Complementary to this, we will add jurisprudential analysis concerning the application of good faith. This way, we will provide the basis to forecast possible application of the principle of good faith in procedural contracts. In order to clarify the procedural contracts issue, we will dedicate a topic to exposing the main theoretical considerations, obtained in national and German doctrine. Finally, we will exemplify some possibilities of application of the principle of good faith in legal situations concerning procedural contracts.

Key-Words: good faith. principle of good faith. procedural contracts. civil procedure. principles of contract law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	13
2.1. Função interpretativa	17
2.2. Função de fonte de deveres de conduta	19
2.3. Função de controle.....	20
2.3.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	21
2.3.2. Inalegabilidade de nulidades formais.....	23
2.3.3. <i>Tu quoque</i>	24
2.3.4. <i>Verwirkung (Supressio) e Erwirkung (Surrectio)</i>	26
3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	30
3.1. Breve introdução.....	30
3.2. Características fundamentais dos negócios jurídicos processuais.....	33
3.2.1. Definição de Negócio Jurídico Processual.....	34
3.2.2. Produção de efeitos	36
3.2.3. Modalidades de Negócios Jurídicos Processuais	37
3.2.4. Limites aos Negócios Jurídicos Processuais	39
4. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	43
4.1. Na interpretação dos negócios jurídicos processuais	44
4.2. Criando deveres de conduta.....	46
4.3. Função de controle.....	47
4.3.1 Diante do descumprimento do negócio jurídico processual	47
4.3.2 Diante da nulidade do negócio jurídico processual.....	49
4.3.3. Diante do não exercício da situação prevista no negócio jurídico processual	51
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O novo código de processo civil trouxe à tona o tema dos negócios jurídicos processuais. Estes, apesar de estarem presentes no antigo código, foram praticamente esquecidos pela doutrina, e mesmo na prática; contudo, com a previsão dos acordos atípicos no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/115), o tema parece ter ascendido novamente, e, ao que tudo indica, os debates a respeito desses acordos entre as partes serão muitos.

Acima de tudo, parece haver grande resistência quanto a esse tema, que, por outro lado, no direito continental europeu, após anos de debates e aplicação, encontrou considerável estabilidade - no que diz respeito à possibilidade de realização dos acordos com efeitos dentro do processo.

Essa resistência, dentre outras coisas, parece motivada por um receio quanto à utilização de tais acordos, principalmente pela crença de que serão empregados como forma de obtenção de vantagens ilegítimas e comportamentos abusivos.

Tendo isso em vista, este ensaio fará uma análise da contribuição que pode ser dada pelo princípio da boa-fé aos negócios jurídicos processuais, utilizando-se principalmente do direito comparado, da jurisprudência e de analogia na aplicação da boa-fé.

Para tanto, primeiramente será feita rápida consideração sobre a evolução do processo civil no direito brasileiro, expondo as concepções que vigoraram e as mudanças até a promulgação da lei 13.105 de março de 2015 (CPC/15). Esse trecho é importante principalmente para explicar o motivo da restrição à liberdade das partes quanto a questões intraprocessuais.

No segundo ponto, será abordado o princípio da boa-fé objetiva, e se discorrerá sucintamente sobre como esse instituto adquiriu extrema relevância no direito civil e principalmente no que diz respeito aos contratos.

Ainda nesse ponto, serão exploradas as funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé, e como é feita sua aplicação. Por meio dessa exposição já serão fornecidas as bases para as possibilidades que essa cláusula geral oferece frente aos negócios jurídicos processuais.

No ponto seguinte, será desenvolvida a questão da abertura do processo civil a uma maior possibilidade de disposição das partes, finalmente escapando do formalismo excessivo e de uma visão de processo vinculada à doutrina europeia do início do século passado. Como resultado dessa aceitação de uma maior flexibilidade do processo e abertura do procedimento,

serão analisados os negócios jurídicos processuais e suas principais características.

Esse ponto é considerado essencial, tendo em vista a relativa novidade que representam tais acordos na prática e na doutrina brasileira. É perceptível, e provavelmente decorrente do desmerecimento do tema até recentemente, a visão equivocada a respeito de tais acordos, de maneira que se fez a opção de sintetizar, tanto quanto possível, as características essenciais dos negócios jurídicos processuais.

Ao longo desses pontos, serão feitas diversas referências ao direito estrangeiro, principalmente ao direito alemão, tendo em vista o notório adiantamento da doutrina alemã em relação à nacional tanto no que diz respeito aos negócios jurídicos processuais, quanto ao princípio da boa-fé.

Por fim, será abordado o tema principal deste ensaio, no qual, sem qualquer ambição de esgotar o tema, serão traçadas algumas linhas de atuação do princípio da boa-fé frente às convenções processuais e às condutas das partes na disposição e execução desses negócios.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história do direito, assim como a da sociedade, demonstra claramente um constante embate entre movimentos publicistas e privatistas, levando a uma redução ou ampliação da liberdade dos indivíduos frente ao poder estatal.

Assim ocorreu com os direitos fundamentais, que, surgidos como proteção dos indivíduos frente a todo poderoso Estado, à época da ascensão das idéias liberais, com o tempo, passaram a englobar também direitos a prestações do Estado, os direitos sociais, o que, como consequência, trouxe novamente um aumento do poder estatal sobre os indivíduos.

No direito civil, especificamente no que diz respeito aos contratos, é que a situação apresenta maior relevância para este ensaio.

Sob influência do Estado liberal, os principais códigos civis limitavam-se a proteger a força vinculante dos contratos, permitindo aos indivíduos a criação das obrigações que os vinculariam no futuro, servindo os contratos, expressão das idéias de racionalismo e liberdade individual, como verdadeiras leis entre as partes¹.

O próprio conceito de *negócio jurídico*² - *das Rechtsgeschäft* -, cunhado pelos pandectistas, revelava-se a expressão máxima da autonomia da vontade e da liberdade individual³. Nesse sentido, o negócio jurídico seria uma criação da vontade declarada das pessoas⁴ com a finalidade de produzir um efeito jurídico, sendo essencial que tivessem liberdade de contratar⁵, podendo escolher com quem, por qual finalidade e sob quais

¹ “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>> Acesso em 20 de maio de 2016

² “Esse conceito, puramente jurídico, foi criado pelos pandectistas alemães e serviu para respaldar uma liberdade contratual que se queria sem limites.” MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 503

³ “O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico.”[...] “A manifestação da vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte geral, tomo III, 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoir, 1970. p. 3

⁴ Marcos Bernardes de Mello expõe as duas teorias que se dedicam à explicação do que seria a vontade, sendo elas: a teoria da vontade, segundo a qual a vontade interna seria um elemento essencial do negócio jurídico, e, pois, elemento *sine qua non* do negócio jurídico, e; a teoria da declaração, segundo a qual a vontade declarada teria prevalência sobre a vontade interna, sendo aquela o único dado objetivo passível de ser conhecido pelas pessoas. Deve ficar claro, contudo, que em ambas as teorias é essencial que a vontade tenha sido exteriorizada. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 145-146

⁵ JUDITH MARTINS-COSTA indica que “Deflui dessa concepção toda teoria das nulidades dos atos jurídicos pela qual são definidos certos “vícios da vontade” os quais, ferindo o ato em sua gênese acabam por conduzir à expulsão daquele ato, viciado, do mundo jurídico. A vontade viciada é considerada uma “vontade não livre” e, por essa razão, não tem força para produzir efeitos.” In: A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p.

condições contratariam. Como consequências, advinham tanto a intangibilidade quanto a obrigatoriedade dos contratos, ou seja, os contratos não poderiam ser revisados, e deveriam ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Essa realidade foi alterada com o tempo: com o intuito de corrigir assimetrias⁶ entre partes dos contratos e evitar a imposição desses de uma parte à outra, o Estado tomou a si a função de controlá-los, o que ficou conhecido como dirigismo contratual⁷. No mesmo sentido, passou-se a sobrepor interesses da sociedade sobre os interesses dos contratantes, o que se convencionou chamar de publicização do contrato⁸.

Essas alterações ocorreram no direito como um todo, com a passagem de um Estado legislativo para um Estado constitucional, resultando no crescimento da importância dos princípios, que passaram a ganhar força normativa, e na abertura do sistema aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais⁹.

Dessa forma, o advento¹⁰ dos *conceitos indeterminados* (determináveis pelo juiz no caso concreto - por padecerem de polissemia, vagueza, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento¹¹ - como a onerosidade excessiva, interesse público, função social, etc.) e das *cláusulas gerais* (como o princípio da boa-fé, dentre outros) foi fundamental para dar ao ordenamento flexibilidade no controle dos negócios jurídicos.

Assim, seja por meio de leis específicas limitando a autodeterminação das partes, seja por meio dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais¹², os ordenamentos buscaram corrigir o que se considera como desvios indesejados nos contratos.

⁶ Disparidades econômicas e de poder de barganha entre os contratantes, como indivíduos contratando com sindicatos ou grandes empresas, a figura dos contratos de adesão, etc.

⁷ A regulamentação e proibição, como meios tidos como hábeis à defesa da igualdade, além de intervenções buscando evitar que os contratos criassem obrigações e direitos contrários aos interesses superiores da coletividade. BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 30

⁸ Em outras palavras, *o contrato deixa de ser privado – das partes -, para ser público*, de todos. O Estado passa a dizer quem pode contratar, como pode contratar, passa a ditar valores, etc. *Ibidem*. p. 33

⁹ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, Thomson Reuters, Revista dos tribunais, vol. 229, pp 50-74., março 2014. p.52

¹⁰ No caso da legislação alemã, que à época já contava com tais figuras (mesmo que a boa fé fosse ainda uma norma vazia e sem aplicação expressiva – justamente por não ter lugar no conceito de *negócio jurídico* e, portanto, não ter sido desenvolvida pela doutrina), nessa época passou-se a dar mais importância e um efeito diferente às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados. Com isso, de certa forma, limitou-se o escopo da liberdade no contrato e permitiu-se um maior controle judicial sobre a disposição das partes. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 293

¹¹ GOMES CANOTILHO *apud* MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *In: Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 1177.

¹² “É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de Standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A**

Estabelecida essa base, cabe agora enfrentar o problema a partir de uma importante cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, o princípio da boa-fé, tendo como base a forma como esta é utilizada no âmbito do direito privado.

2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A boa-fé, na sua acepção objetiva¹³⁻¹⁴, teve seu desenvolvimento mais expressivo na Alemanha, onde inicialmente era aplicada como uma auxiliar de interpretação dos contratos¹⁵, tendo como base os §§ 157¹⁶ e 242¹⁷ do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, que indicavam a necessidade tanto de se interpretar os contratos, quanto das partes obrigadas pelo contrato terem o dever de cumpri-lo, conforme a boa-fé (*wie Treu und Glauben*) e com consideração aos costumes do tráfico.

A expressão *Treu und Glauben* passa justamente a idéia de lealdade e confiança, enquanto que os costumes do tráfico dizem respeito ao que se espera encontrar nas relações da vida¹⁸; contudo, a lei nunca forneceu os contornos da boa-fé, o que é compreensível, tratando-se de conceito indeterminado¹⁹.

¹³ A “boa-fé subjetiva” é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma *norma jurídica* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe *princípio da boa-fé* subjetiva.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009.

¹⁴ Por tratar-se de matéria exaustivamente discutida na doutrina, não haverá um tópico para diferenciar boa-fé objetiva e subjetiva. O texto se dedicará à boa-fé objetiva, e nesta nota explicar-se-á a subjetiva. A boa-fé subjetiva é uma qualidade atribuída ao sujeito, uma modalidade que respeita à expressão corriqueira de “agir de boa-fé”, e está presente principalmente nos direitos reais, como no caso do possuidor de boa-fé de um imóvel, ou o terceiro de boa-fé em um negócio jurídico. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 407. Ver também MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411 e ss.

¹⁵ “Não se pensou, de nenhum modo, em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, por meio da aplicação, muito embora expressasse a regra de que: ‘o devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como exige a boa-fé levando em conta os usos de tráfico.’” COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 36

¹⁶ “§ 157 *Auslegung von Verträgen*. *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” “§157 Interpretação dos contratos. Os contratos devem ser interpretados conforme a boa fé com consideração aos costumes do tráfico.” (tradução livre) ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Organização dos textos, índice detalhado e introdução por Dr. Helmut Köhler: 69. ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. p. 31

¹⁷ “§ 242 *Leistung nach Treu und Glauben*. *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” “§242 Cumprimento conforme a Boa fé. O contratante está obrigado ao cumprimento da obrigação conforme a Boa fé com consideração aos costumes do tráfico.” (tradução livre) *Ibidem*, p. 46

¹⁸ “Rigorosamente, as regras de boa fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida” [sic] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral, tomo III*, 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoir, 1970. 511 p. 331

¹⁹ “Não oferece dúvidas a sua qualificação, muito focada, como conceito indeterminado e, nessa medida, carecido de concretização e valoração: uma referência à boa fé, só por si, não estabelece uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 1189

Assim, partindo da sua compreensão como um princípio, a doutrina e os tribunais alemães desenvolveram os necessários contornos ao instituto, fornecendo os critérios e âmbitos de sua aplicação.

Dessa maneira, o princípio da boa-fé iniciou sua escalada em importância no direito privado, sendo amplamente aplicado e reconhecido como uma fonte autônoma de diversos direitos e obrigações.

No direito contratual, o princípio da boa-fé foi responsável por trazer diversos elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento contratual²⁰⁻²¹, resguardando o equilíbrio contratual na sua integralidade, quer econômica, quer jurídica. Dessa forma, assegurou tutela às posições jurídicas não protegidas por lei específica, mas que, por homenagem à confiança²², mereciam ser tuteladas.

Através dessa afirmação, quer-se deixar claro que o princípio da boa-fé é de aplicação subsidiária²³⁻²⁴, não devendo ser banalizado com a aplicação em casos nos quais as regras explícitas já fornecem a devida tutela²⁵.

No direito brasileiro, a aplicação da boa-fé era realizada com base principalmente na doutrina alemã, e com fundamento no artigo 131²⁶ do código comercial de 1850, primeira

²⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p. 37.

²¹ O devedor estaria obrigado “*not only to do what he has promised in express words but also to many things to which he must be understood to have bound himself in good faith.*” WILLISTON apud SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p. 38.

²² “Na verdade, o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. [...] Juridicamente, a tutela da confiança acaba por desaguar no grande oceano do princípio da igualdade e da necessidade de harmonia daí resultante [...] Ora, a pessoa que confie, legitimamente num certo estado de coisas não pode ser vista [como] se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual.” MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 93

²³ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 183

²⁴ “Se há regra cogente, não há pensar-se em espaço para quaisquer regras de boa fé” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte geral**, tomo III, 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoir, 1970. P. 332

²⁵ Só cabe coibir o dolo processual por meio de uma norma geral de conduta nos casos em que esses não sejam combatidos por normas especiais. “Ein Verbot arglistigen prozessualen Verhaltens ist als *allgemeine* Verhaltensform dort ausgeschlossen, wo *spezielle* Normen die Arglist im Prozeß bekämpfen. Das trifft einer Reihe von Fällen zu.” ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 38

²⁶ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais **conforme a boa fé**, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;” (sem grifos no original)

previsão expressa da boa-fé objetiva em nosso ordenamento, na qual era prevista como auxiliar interpretativo dos contratos.

A aplicação inicial, contudo, era muito tímida, e limitou-se, com algumas exceções, praticamente ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Somente com o advento do Código Civil de 2002 (CC/02) houve um aumento substancial da aplicação da boa-fé pelo judiciário.

O CC/02 prevê expressamente a boa-fé objetiva em seus artigos 113, 128²⁷, 187, 422 e 756²⁸, tendo obtido expressiva adesão jurisprudencial.

Relevante apontar, ainda, que, apesar do desenvolvimento mais expressivo da boa-fé objetiva se dar no direito contratual, trata-se, nos termos de MENEZES CORDEIRO, de um “*vector geral de todo o sistema jurídico*”²⁹ [sic], sendo aplicável a todos os ramos do direito³⁰.

Assim, mesmo que grande parte da doutrina acredite que o processo funcionaria como uma arena (*Kampfschauplatz*), na qual tudo seria permitido, as partes não se eximem de uma atuação pautada pela boa-fé³¹.

No direito alemão, a despeito de não haver previsão da boa-fé³² na *Zivilprozessordnung* (ZPO - código de processo civil alemão), desenvolveu-se, doutrinária e jurisprudencialmente, o controle ao abuso de direito no processo por meio da boa-fé, visando

²⁷ Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

²⁸ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

³⁰ Vêm sendo produzidos diversos trabalhos a respeito da aplicação da boa-fé a outras áreas do direito, e, exemplificativamente cita-se: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002., GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002., DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009., CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2005, n.126., DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. *Revista Autônoma de Processo*. Curitiba: FADISP, 2007, n. 3.,

³¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 68

³² O dever de verdade (*Wahrheitspflicht*) do § 138 ZPO pode ser considerado como uma norma motivada pelo dever de agir segundo a boa-fé, e mesmo de atuação concorrente com a cláusula geral de boa-fé, em alguns casos. Nesse último sentido, como afirma ZEISS, “*Es fragt sich, ob das Wahrhaftigkeitsgebot des §138 I ZPO als Spezialnorm das allgemeine Verbot arglistigen prozessualen Verhaltens für den Bereich der Prozeßflüge ausschließt. [...] Hier kann möglicherweise das Konkurrenzproblem von Generalklausel und § 138 I ZPO eine Rolle spielen*” In: **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 38

a coibir condutas chicaneiras, que não violavam nenhuma previsão legal expressa, por meio do recurso à cláusula geral de boa-fé do § 242 do *BGB*³³.

Em nosso código de processo civil (CPC/15), em vigor há poucos meses, há previsão expressa, no artigo 5º³⁴, da necessidade de um comportamento de acordo com a boa-fé por todos os participantes do processo. No código revogado por esse (CPC/73), havia previsão, no inciso II do artigo 14³⁵, do dever das partes, e de todos aqueles que participam do processo, de procederem com lealdade e boa-fé.

WALTER ZEISS, indica quatro grupos de casos de aplicação do §242 *BGB* relacionados ao abuso de direito no processo civil, sendo eles: a. produção maliciosa de situações processuais; b. comportamento processual que seja contraditório ao comportamento processual ou extraprocessual da mesma parte (*venire contra factum proprium*); c. supressão de poderes/faculdades processuais (*supressio*); d. abuso de poderes processuais³⁶. Sobre o grupo de casos extraído da jurisprudência por ZEISS, BAUMGÄRTEL afirmou que essa concretização obteve reconhecimento geral, e podia ser apontada como preponderante na Alemanha³⁷.

Não obstante, a estrutura econômico-social está em constante mutação, de forma que as manifestações do princípio da boa-fé não são nem taxativas, nem absolutas no tempo. Aliás, a vantagem do princípio da boa-fé objetiva, como um conceito indeterminado, é a adaptabilidade às circunstâncias econômico-sociais de seu tempo, sem a necessidade de alteração legislativa³⁸. Nas palavras de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “com a edição de conceitos abertos como a boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas

³³ A despeito disso, entende-se que a aplicação do princípio da boa-fé no processo civil é mais limitada, não podendo atuar, por exemplo, para abrandar normas cogentes que protejam a segurança jurídica, e há um interesse público em sua manutenção. Nesse sentido pronunciou-se ZEISS em sua obra **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 35 e ss. No mesmo sentido, só que com uma justificativa que não cogita o interesse público, mas apenas o que a norma processual protege: se protege a segurança jurídica, não se aplica a boa-fé, se protege um ideal de justiça, a princípio a boa-fé seria aplicável. BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozeß*. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 360-361

³⁴ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³⁵ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II - proceder com lealdade e boa-fé;

³⁶ “Es läßt sich in Anlehnung an Fallgruppen des §242 BGB folgendermaßen einteilen: a) Arglistige Schaffung prozessualer Rechtslagen, b) Prozessuales Parteiverhalten, das im Widerspruch zu prozessuallem oder außerprozessuallem Verhalten steht (*venire contra factum proprium*), c) Verwirkung prozessualer Befugnisse, d) Mißbrauch prozessualer Befugnisse.” In: ZEISS, Walter. *Op. cit.*, p. 51

³⁷ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Op. cit.*, p. 352

³⁸ “É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009. p. 39

aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos”³⁹. A sistematização de casos serve, assim, à análise das possibilidades de aplicação⁴⁰ da boa-fé.

Importante, no que diz respeito à boa-fé no processo, é a sua aplicação, não só na relação das partes entre si, mas, também, na relação das partes para com o juízo. Nesse sentido, BAUMGÄRTEL indica a existência de uma função de defesa do juízo contra o uso adverso do instituto da tutela jurisdicional e, por outro lado, de proteção das partes frente a um fortalecido terceiro poder⁴¹.

À boa-fé objetiva a doutrina normalmente atribui três funções: a interpretativa (ou cânone hermenêutico e integrativo), a de fonte de deveres jurídicos, e, a de controle ao exercício de direitos subjetivos.

2.1. Função interpretativa

A função interpretativa está prevista no *BGB* no § 157, já mencionado acima, e, no artigo 113 do *CC/02* indica que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, o que é praticamente uma tradução ao português do parágrafo do *BGB* citado.

Para JUDITH MARTINS-COSTA, a função interpretativa serve também a evitar que o contrato atinja finalidade diferente da buscada pelas partes⁴². Trata-se de um indicativo, um referencial, de como o juiz examinará o conteúdo do contrato e as condutas das partes, tendo por base a boa-fé, ou seja, conforme pautaria a lealdade e honestidade entre as partes e buscando a proteção da confiança.

³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 39

⁴⁰ Ao dar diretrizes para a análise dos princípios, Humberto Ávila diz o seguinte sobre os grupamentos de casos: “*Casos paradigmáticos* são aqueles cuja solução possa ser havida como exemplar, considerando-se exemplar aquela solução que serve de modelo para a solução de outros tantos casos, em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo [...] isso significa [...] (c) verificar em cada caso, quais foram os comportamentos havidos como necessários à realização do princípio objeto de análise.” In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93

⁴¹ “Im Verhältnis zwischen Gericht und Parteien hat die Generalklausel eine Abwehraufgabe gegen eine funktionswidrige Ausnutzung der Rechtsschutzeinrichtung und umgekehrt unter Umständen eine Schutzfunktion für die Parteien gegenüber einer zu stark werdenden dritten Gewalt.” In: BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozeß*. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 358

⁴² “a boa-fé objetiva é mais que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica [...] como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado.” MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 437

Essa função da boa-fé - interpretativa - faz parte também das outras duas funções citadas⁴³, na medida em que, por meio dessa, poderão ser traçados os contornos dos deveres anexos no caso concreto, bem como as restrições aos exercícios inadmissíveis.

Como exemplo da função interpretativa, pode-se citar o caso em que, com base no artigo 113 o STJ (i) reduziu juros abusivos de bancos no REsp 1112879/PR⁴⁴ e no REsp 715894/PR, (ii) fundamentou parcialmente a conclusão da condição de garantidor de mútuo e coobrigado a um sócio que havia prestado aval, ainda que esta categoria seja típica dos títulos de crédito, no REsp 1013976/SP. O TJRS, em acórdão de relatoria do Desembargador Umberto Gusapari Sudbrack, já considerou cadernetas e cadernos-conta como documentos hábeis a cobrar dívida, baseando-se nos costumes de cidades pequenas e na confiança das relações⁴⁵.

Além disso, no CPC/15, dois dispositivos fazem menção expressa ao uso da boa-fé como cânone interpretativo, o artigo 322⁴⁶, que indica dever ser observada a boa-fé na interpretação do pedido, e o artigo 489⁴⁷, indicando que a sentença deve ser interpretada em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. Ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790p. p. 231

⁴⁴ “Assim, ante a ausência de dispositivo legal indicativo dos juros aplicáveis, torna-se necessário interpretar os negócios jurídicos, tendo em vista a intenção das partes ao firmá-los, de acordo com o art. 112 do CC/02. Essa intenção, nos termos do art. 113, deve ter em conta a boa-fé, os usos e os costumes do local da celebração do contrato. A jurisprudência do STJ tem utilizado para esse fim a taxa média de mercado. Essa taxa é adequada, porque é medida segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa o ponto de equilíbrio nas forças do mercado. Além disso, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um spread médio.” Voto da ministra relatora Nancy Andriahi.

⁴⁵ **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. OBRIGAÇÕES. COMPRAS FEITAS VIA CADERNETA. COBRANÇA. USOS DO LUGAR DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO. DOCUMENTOS NOVOS. 1. Juntada de documentos: a regra segundo a qual os documentos devem ser juntados com a inicial ou com a contestação deve ser relativizada, em não se tratando de documentos que façam prova quanto aos pressupostos processuais e as condições da ação. Juntados os documentos, com a réplica, não há falar em prejuízo processual, se oportunizado à ré o contraditório, quanto à referida prova. 2. Interpretação dos negócios jurídicos: nos termos do art. 113 do Código Civil, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. 3. Compras feitas por meio de cadernetas: é de conhecimento geral que, nas cidades do interior, muitas vendas são realizadas pelo sistema de cadernetas, desprovido de maiores formalidades, e baseado na confiança entre as partes. No caso dos autos, diante da razoabilidade das argumentações da exequente, caberia à executada fazer prova quanto aos pagamentos alegados, ônus do qual não se desincumbiu. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70044429538, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 24/11/2011)

⁴⁶ Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

⁴⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

2.2. Função de fonte de deveres de conduta

Da concretização (*Konkretisierung*) do princípio da boa-fé, ou seja, da aplicação desse conceito abstrato aos casos concretos, chega-se a uma série de deveres de conduta, que, mesmo não pactuados, obrigam as partes como simples decorrência da incidência desse princípio. Dessa forma, o devedor está obrigado “*not only to do what he has promised in express words but also to many things to which he must be understood to have bound himself in good faith.*”⁴⁸

Esses deveres, de origem pretoriana, foram redescobertos pela doutrina alemã⁴⁹, e aplicados aos casos concretos com fundamento no § 242 do *BGB*, tendo por orientadora a conduta conforme a boa-fé - aproximando a relação obrigacional do direito alemão à da *common Law*⁵⁰. São comumente chamados de deveres anexos, instrumentais, cooperativos, de prestação e proteção, dentre outras denominações, e possuem uma configuração quádrupla⁵¹ - fidelidade/lealdade, informação, declaração e proteção - sendo derivados do dever de cooperação⁵² entre as partes, imposto pelo princípio da boa-fé, que deve se estender por todo processo de contratação, desde as tratativas até mesmo após a extinção das obrigações contratuais⁵³.

Em nosso ordenamento, esses deveres retiram sua fundamentação do artigo 422 do código civil, podendo ser exemplificados pelo dever de cuidado de um depositário, dever de aviso e esclarecimento do fornecedor de um produto, dever do médico de expor os riscos de um tratamento, dever do credor de colaborar para o adimplemento contratual, etc.

Em nosso código de defesa do consumidor, a despeito da decorrência dos mais diversos deveres do artigo 422 do código civil, é possível constatar a previsão expressa de

⁴⁸ WILLISTON, Law of contracts. *apud.* SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 38

⁴⁹ Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento. *Ibidem.*, p 37

⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, por sua vez, faz uma divisão tripla: deveres de proteção, de esclarecimento e lealdade. In: **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 604 e ss.

⁵² “Todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.” In: COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Op. cit., loc. cit.*

⁵³ “A despeito da expressa menção, no art. 422, ao “limite temporal”, deve-se concluir pela ampla tutela da boa-fé objetiva, isto é, em qualquer fase do contrato, inclusive (e principalmente) desde as tratativas iniciais ou preliminares que integram o ajuste de vontades e até a sua execução plena.” ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XI: Das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17

diversos desses deveres, como, por exemplo, o dever de informação presente no artigo 9º⁵⁴. Essa menção expressa, contudo, é decorrente unicamente da função pedagógica atribuída àquele diploma legal, não à necessidade de previsão expressa dos deveres decorrente da boa-fé para que sejam exigíveis.

Decorreu desses deveres advindos do princípio da boa-fé a criação do conceito de “quebra antecipada do contrato” ou “quebra positiva do contrato”, consequência justamente do descumprimento desses deveres, pois o devedor

No direito processual brasileiro, especificamente no artigo 5º CPC/15, foi positivada disposição expressa quanto à necessidade de uma conduta pautada pela boa-fé, o que facilita a justificação da exigência de um proceder conforme os ditames da boa-fé também no processo civil.

2.3. Função de controle

Também conhecida como função de limitação ao exercício de direitos subjetivos, no caso dos contratos, essa função atua sobre os atos das partes contratantes, limitando a adoção de condutas contrárias à boa fé - os exercícios inadmissíveis⁵⁵.

Essa função está explícita no artigo 187 de nosso código civil, que indica cometer ato ilícito quem, ao exercer direito, “excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” A redação desse artigo é praticamente a mesma do artigo correspondente à mesma função em Portugal, e na Grécia. Da análise do texto legal, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO conclui que a melhor forma de preencher a lacuna aparente do art. 187 em relação às figuras históricas do abuso de direito seria pelo recurso à categoria valorativa da boa-fé⁵⁶.

⁵⁴ Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 719.

⁵⁶ “Uma limitação referente a atos emulativos e chicaneiros não tem que ver com o fim econômico ou social, nomeadamente com a função social dos direitos. Poderia falar-se antes de uma *função pessoal*; mas essa não encontraria já guarida expressa no art. 187. [...] A boa fé respeita a conjunturas de relação. Impõe padrões de correção que devem presidir ao relacionamento das pessoas. Traduz-se assim em regras de conduta. No caso do art. 187, essas regras de conduta respeitam ao exercício dos direitos. [...] Tenha ou não estado no espírito do legislador histórico, a boa fé tem amplitude suficiente para abranger sem distorção estas figuras também. Não lhes dá regime autônomo, mas esse resultará da análise individualizada, que dissemos ser indispensável, dessa categoria.” ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, jan/mar, 2006. p. 81

O abuso de direito⁵⁷ é, assim, um exercício disfuncional de posições jurídicas⁵⁸, e através dessa função de controle da boa-fé, são consideradas inadmissíveis condutas contraditórias e desleais. Segundo MENEZES CORDEIRO, o abuso de direito desenvolveu-se⁵⁹ com base em um agrupamento de casos, de certa forma generalizante: *exceptio doli*⁶⁰, *venire contra factum proprium*, inalegabilidades formais, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, e desequilíbrio no exercício⁶¹.

Abaixo serão tratados os mais relevantes, suas principais características e exemplos de aplicação pelos tribunais, objetivando oferecer bases de referência para a aplicação nos negócios jurídicos processuais.

2.3.1. *Venire contra factum proprium*

Entende-se, pela expressão *venire contra factum proprium*, como inadmissível o exercício de um direito ou a invocação de uma posição jurídica quando em contradição com a conduta anterior e quando a conduta atual contraditória viola a boa-fé⁶². Ou seja: dois

⁵⁷ No BGB, o abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*) é tratado tanto pelo §242, já citado, quanto no § 226, que se refere à *Schikaneverbot*, ou proibição da chicana, e sua redação considera abusivo e inadmissível o direito exercido apenas para causar dano a outrem. “§ 226 *Schikaneverbot*. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn die nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“ ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. Organização dos textos, índice detalhado e introdução por Dr. Helmut Köhler: 69. ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. p. 43

⁵⁸ “[...] constitui uma fórmula tradicional para exprimir a idéia do exercício disfuncional de posições jurídicas, isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico em sua globalidade.” In: MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 75

⁵⁹ A redação do artigo no qual está previsto o abuso de direito, tanto no direito português quanto no brasileiro, identifica abuso de direito no titular que exceda manifestamente os limites do fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. No Brasil o ato é considerado ilícito; em Portugal, ilegítimo. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, jan/mar, 2006. p. 60

⁶⁰ “[...] a *exceptio doli specialis* equivalia à impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia tirar o efeito juridicamente exigido: havendo dolo inicial, toda a cadeia subsequente ficava afetada. O sentido concreto da exceção residia, então, na anulação do ato negociar cuja validade fosse tentada fazer atuar por, na sua base, haver declaração de vontade extorquida com dolo [...] A *exceptio doli specialis* perdeu-se [...] por um lado, evolui na doutrina dos vícios na formação e exteriorização da vontade [...] por outro, desembocou na *culpa in contrahendo*. O desenvolvimento posterior aproveitaria, pois a *exceptio doli generalis* como modo de deter os atos abusivos. Ela seria mesmo reintroduzida, nos finais do século XIX, na Alemanha, como esquema geral destinado a **dar corpo ao abuso de direito. (sem negrito no original)** In: MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 77

⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol. II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. p. 1194

⁶² “Unter *venire contra factum proprium* versteht man im bürgerlichen Recht: die Rechtsausübung oder die Berufung auf eine Rechtsposition ist unzulässig, wenn sie in Widerspruch zu früherem Verhalten des Berechtigten steht und wenn das jetzige widerspruchsvolle Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt. Ein solcher Verstoß liegt stets dann vor, wenn der Gegner dem früheren Verhalten des Rechtsausübenden vertrauen konnte und sich deswegen auf eine bestimmte Sach- und Rechtslage eingerichtet hat.” In: ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 43

comportamentos lícitos da mesma pessoa, porém diferidos no tempo, sendo o primeiro, que suscitou a confiança da parte - *factum proprium* -, contrariado pelo segundo.

Para que seja inadmissível a contradição, é necessário que o primeiro ato tenha despertado na outra parte a confiança na prática ou na não prática de um ato, e é com base na quebra da confiança que se aplica a vedação ao *venire contra factum proprium*, como consequência da concretização da boa-fé. A violação da boa-fé ocorre, assim, pela quebra da confiança, não pelo exercício contraditório: trata-se de imputar aos autores respectivos as situações de confiança que, de livre vontade, tenham suscitado⁶³. Essa consideração é importante, pois não há no ordenamento jurídico uma vedação genérica legal à contradição⁶⁴.

Como bem indica JUDITH MARTINS-COSTA, “o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mina a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.”⁶⁵

MENEZES CORDEIRO faz importante consideração a respeito do *venire contra factum proprium*: essa locução “traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade [...] mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida [...] lha negue”⁶⁶.

Para facilitar a compreensão, convém analisar o REsp 1202514/RS, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ocasião em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou corretamente o *venire contra factum proprium*⁶⁷, sob a ótica dos fundamentos tomados neste ensaio.

⁶³ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. p. 756

⁶⁴ “Os casos apontados para documentar o *venire contra factum proprium* não permitem, de forma alguma, concluir, sem mais, pela natureza inadmissível do comportamento contraditório. Pelo contrário: é importante focar a inexistência, na Ciência do Direito actual e nas ordens jurídicas por ela informadas, de uma proibição genérica de contradição. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua aplicação” In: MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. *Ibidem*, p. 750

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 470

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. *Ibidem*, p. 751

⁶⁷ CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes. 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção

Para que fosse mantido o contrato de locação, a locadora abriu mão da correção monetária por seis anos, despertando a confiança na locatária de que o valor não seria cobrado, persuadindo-a, com isso, a manter-se no imóvel. Transcorridos os seis anos, ajuizou ação para obter os valores referentes à correção monetária, quebrando a confiança da locatária. O STJ entendeu como inadmissível a conduta da locadora, negando provimento ao recurso. Interessante nesse caso é, também, a incidência da *supressio* (*Verwirkung*), no direito da autora de exigir a correção monetária.

2.3.2. Inelegabilidade de nulidades formais

Inelegabilidade “é a situação da pessoa que, por exigência do sistema, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causada por vício de forma.” A justificativa extrajurídica é a mesma do *venire contra factum proprium*, de forma que, segundo MENEZES CORDEIRO, considera-se aquela uma sub-hipótese deste.

Assim, quem se beneficia de um negócio nulo (por nulidade formal) enquanto lhe é conveniente, por exemplo, não poderia invocar a nulidade quando não mais o seja. É o caso de uma pessoa que celebra uma compra e venda conscientemente nula e, depois, perante o comprador, reivindica a coisa, alegando nulidade do contrato⁶⁸.

Uma solução possível para o negócio jurídico seria a manutenção dos seus efeitos, a despeito da nulidade. Para que isso ocorra, no entanto, (i) devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; não, também, os de terceiros de boa-fé; (ii) a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar e (iii) o sentimento de confiança deve apresentar-se sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via.⁶⁹

monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. 4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio. 5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1202514/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011)

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. p. 794

⁶⁹ *Idem.*. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. P. 98

Para ilustrar a categoria, traz-se julgado das turmas recursais, de relatoria do - atualmente Desembargador - Eugênio Facchini Neto⁷⁰. A segurada, diante do sinistro, contactou o corretor de seguros, que tomou as providências imediatas necessárias. Este não avisou a seguradora dentro do prazo de sete dias, de forma que esta, alegando o descumprimento da cláusula contratual que obriga o segurado a comunicar o sinistro dentro de sete dias, recusou-se a pagar pelos reparos. A turma recursal considerou a nulidade formal do ato da segurada (de comunicar o corretor e não o seguro) inalegável, reputando eficaz a notificação ao corretor.

2.3.3. *Tu quoque*

A regra do *tu quoque* serve, no direito contratual, precipuamente para impedir que quem tenha dado causa ao inadimplemento, ao descumprir sua obrigação contratual, invoque-o para buscar a resolução do contrato. Busca, assim, preservar o equilíbrio contratual - o equilíbrio material subjacente⁷¹.

Trata-se de situação sutilmente diversa do *venire contra factum proprium*, pois há uma infidelidade contratual mútua, na qual quem, em primeiro lugar, descumpriu o pactuado não pode usar do descumprimento da outra parte em benefício próprio.

Uma representação legislativa do brocardo é constatável no artigo 476⁷² do CC/02, que não permite a uma das partes a exigência do adimplemento contratual da outra se não tiver cumprido com a sua.

Como regra geral, traduz a idéia de que quem viola uma norma jurídica não poderia (i) prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente, (ii) exercer a situação jurídica por ele mesmo violada, ou ainda, (iii) exigir a outrem o acatamento da situação já violada⁷³.

⁷⁰ **Ementa:** SEGURO RESIDENCIAL. SINISTRO IMEDIATAMENTE COMUNICADO AO CORRETOR, QUE AUTORIZOU A REPARAÇÃO DOS OBJETOS DANIFICADOS, DI ANTE DA URGÊNCIA REQUERIDA. NEGATIVA DE REEMBOLSO DA SEGURADORA, POR NÃO TER COMUNICADO O SINISTRO, NO PRAZO CONTRATUAL, DIRETAMENTE À SEGURADORA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS POR PARTE DA SEGURADORA. NATUREZA DAS RELAÇÕES ENTRE SEGURADO, CORRETOR DE SEGUROS E SEGURADORA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, EM SUA FUNÇÃO DE CONTROLE (INALEGABILIDADE DE QUESTÕES MERAMENTE FORMAIS). DEVER DE REEMBOLSO CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71000519215, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 06/07/2004)

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 102

⁷² Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁷³ MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. *Op. cit, loc. cit.*

A pessoa que viola uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente, de forma que não se poderia exigir da outra parte que agisse como se a perturbação não tivesse ocorrido.

MENEZES CORDEIRO cita três artigos do código civil português de fundamentação no *tu quoque*: o 126^{o74}, que indica a inadmissibilidade da invocação da anulabilidade do ato praticado por menor que tenha usado de dolo para se fazer passar por maior; o 344^{o/275}, que enseja a inversão do ônus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado; e o 570^{o/176}, que possibilita a redução ou exclusão da indenização no caso de culpa concorrente do lesado.

Na jurisprudência do STJ há alguns casos de *tu quoque* que merecem destaque:

- a. No REsp 1192678/PR, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi julgado o caso em que o emitente de nota promissória apusera sua assinatura escaneada no título. Posteriormente, tendo em vista a assinatura de punho ser um requisito de validade do título, buscou a inexigibilidade deste por vício formal. O STJ entendeu tratar-se de um caso de aplicação da teoria dos atos próprios, com concreção o princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos *tu quoque* e *venire contra factum proprium*⁷⁷.
- b. No REsp 1040606/ES, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgou-se o caso em que, uma locadora, após a rescisão de um contrato de locação, em cujo distrato não apusera assinatura, recusou-se a devolver o dinheiro que lhe fora pago, alegando nulidade do distrato. Ocorre que o imóvel havia sido desocupado,

⁷⁴ Artigo 126.º (Dolo do menor) Não tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o acto tenha usado de dolo com o fim de se fazer passar por maior ou emancipado. PORTUGAL. **Código Civil**. DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro de 1966. Disponível em: < <http://www.pgdlisboa.pt/leis/> > Acesso em 12 de junho de 2016.

⁷⁵ Apesar da citação feita por Menezes Cordeiro indicar o artigo 342/2, verifica-se que essa possibilidade de inversão consta no artigo 344/2. “Artigo 344.º (Inversão do ónus da prova) [...] 2. Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

PORTUGAL. *Op. cit.loc. cit*

⁷⁶ Artigo 570.º (Culpa do lesado) 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. PORTUGAL. *Op. cit.loc. cit*

⁷⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genebra. 3. Inexistência de lei disposta sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1192678/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012)

tendo o distrato de fato ocorrido. O STJ considerou a conduta inadmissível, baseando seu entendimento na boa-fé objetiva. Entende-se que o caso reflete exatamente a figura do *tu quoque*, apesar da citação de *venire contra factum proprium, surrectio e supressio*, pois a própria locadora, que alega a nulidade do distrato, deu causa a essa, tendo se beneficiado disso no que lhe foi conveniente⁷⁸.

2.3.4. *Verwirkung (Supressio)*⁷⁹ e *Erwirkung (Surrectio)*⁸⁰

A *Verwirkung*, ou *supressio*, é a supressão ou esgotamento de um direito ou faculdade, e ocorre quando o transcurso do tempo desperta a confiança legítima na outra parte de que a situação será mantida.

A *supressio* teve seu auge de aplicação na Alemanha na seguinte circunstância: diante dos altos índices de inflação, a inércia do credor em pedir a atualização dos valores levava ao crescimento excessivo da dívida, de forma que os devedores restavam impossibilitados de pagar. Assim, a jurisprudência considerava que a inércia, por período expressivo, em cobrar a correção monetária, suprimia/extinguiu o direito de fazê-lo⁸¹.

A *supressio* atua, evidentemente, nos casos em que não há lei expressa determinando o prazo para o exercício de um direito, tendo em vista que não é necessária quando há.

⁷⁸ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO. 1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva. 2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1040606/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012)

⁷⁹ As palavras *supressio* e *surrectio* foram cunhadas por MENEZES CORDEIRO como referências à *Verwirkung* e à *Erwirkung*, respectivamente. “Pretende introduzir-se o termo *supressio* para eximir a *Verwirkung*. Na doutrina portuguesa já foram utilizados, com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível de direito. Mas sem razão: ‘caducidade’ é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa-fé, goza de regime explícito - art. 328º ss.; ‘exercício inadmissível do direito’ é a expressão consagrada para, no domínio da doutrina da segunda codificação, designar o que em França se diz do ‘abuso do direito’, embora em termos mais amplos [...]” In: MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. p. 797

⁸⁰ As palavras *supressio* e *surrectio* foram cunhadas por MENEZES CORDEIRO como referências à *Verwirkung* e à *Erwirkung*, respectivamente. “Pretende introduzir-se o termo *supressio* para eximir a *Verwirkung*. Na doutrina portuguesa já foram utilizados, com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível de direito. Mas sem razão: ‘caducidade’ é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa-fé, goza de regime explícito - art. 328º ss.; ‘exercício inadmissível do direito’ é a expressão consagrada para, no domínio da doutrina da segunda codificação, designar o que em França se diz do ‘abuso do direito’, embora em termos mais amplos [...]” *Ibidem*, op. cit., p. 797

⁸¹ *Ibidem*, op. cit., p. 798-802

Segundo WALTER ZEISS, a *supressio* do direito material apresentaria, na terminologia processual, os seguintes pressupostos⁸²: a) Uma das partes (X) deve ter mostrado, por um período não insignificante de tempo, um comportamento que levou a outra parte (Y) a acreditar, legitimamente, que aquela não faria uso de sua faculdade processual. b) A outra parte (Y) deve ter ficado no estado em que se encontra devido ao comportamento da outra (X). c) O exercício posterior da faculdade deve ser inadmissível à outra parte (X). Disso resulta que ele não afeta sua posição. d) Para a *supressio*, rege o princípio da subsidiariedade. O princípio geral do exercício leal de direitos é secundário às normas especiais que possibilitam a mesma solução.

Para MENEZES CORDEIRO, é necessário, i. um não-exercício prolongado; ii. uma situação de confiança, daí derivada; iii. uma justificação para essa confiança; iv. um investimento de confiança; v. a imputação da confiança ao não-exercente.

Para ilustrar a aplicação da *supressio*, traz-se um julgado do STJ: no Recurso Especial 953.389/SP⁸³ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ decidiu que uma locadora de

⁸² “Der für das bürgerliche Recht entwickelte Tatbestand der Verwirkung weist in prozessualer Terminologie folgende Voraussetzungen auf: a) Eine Partei muß während eines nicht unbedeutenden Zeitraums ein Verhalten gezeigt haben, das die Gegenpartei zu der Annahme berechtigte, jene wolle von ihren prozessualen Befugnissen keinen Gebrauch machen. b) Die Gegenpartei muß sich auf den durch das Verhalten der Partei entstandenen Zustand eingerichtet haben. c) Die nun erfolgende Ausübung der prozessualen Befugnis muß der Gegenpartei unzumutbar sein. Daran fehlt es, wenn die verspätete Ausübung der Befugnis die Stellung der Gegenpartei nicht beeinträchtigt. d) Für die Verwirkung gilt der Grundsatz der Subsidiarität. Das allgemeine Prinzip redlicher Rechtsausübung tritt hinter speziellen Normen zurück, welche die gleiche Lösung ermöglichen.” In: ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 124

⁸³ Direito civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Honorários advocatícios. Julgamento de improcedência do pedido. Aplicação da regra do art. 20, §4º, do CPC. Inaplicabilidade do §3º desse mesmo dispositivo legal. Precedentes. - A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (i) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 - art. 574 do CC/02); (ii) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional. - Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido. - O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio'). - **O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se**

veículos que notificara uma contratante de que não renovaria o contrato, e, a despeito disso, continuou, por período significativo, emitindo faturas com o valor diferenciado (contratual), não poderia ajuizar ação para cobrar a diferença do preço de “balcão” (normal a todos os consumidores) para o preço do contrato. O decurso do tempo cobrando o preço contratual teria gerado justa expectativa de que o direito à cobrança do valor normal de balcão não seria exercido, de forma que houve a supressão do direito da credora a essa cobrança.

A *supressio* é recorrente também na jurisprudência do TJRS⁸⁴ no que diz respeito ao pedido de cancelamento e repetição de tarifas pagas por serviço de telefonia após longo período de pagamentos regulares, em sua maioria de relatoria do desembargador Paulo Sérgio Scarparo. Cabe ainda citar o Agravo de instrumento n. 70010323012⁸⁵, de relatoria do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, pela sua redação didática a respeito do instituto. O caso era referente à antecipação de tutela em uma ação de despejo fundada no pagamento em atraso e com desconto do valor do aluguel. O locatário tinha por hábito realizar o pagamento do aluguel em atraso e com desconto. A locadora aceitou tacitamente a situação por quase quatro anos, de forma que o juízo entendeu ter ocorrido *supressio*, negando assim o pedido de antecipação de tutela.

prorrogará no tempo. - Nas hipóteses de improcedência do pedido, os honorários advocatícios devem ser fixados com fundamento no art. 20, §4º do CPC, sendo inaplicável o respectivo §3º. Aplicando-se essa norma à hipótese dos autos, constata-se a necessidade de redução dos honorários estabelecidos pelo Tribunal. Recurso especial parcialmente provido.(REsp 953.389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010) (sem grifos no original)

⁸⁴ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. TELEFONIA. INSERÇÃO DE COBRANÇAS REFERENTES A SERVIÇOS NÃO SOLICITADOS EM CONTA TELEFÔNICA. Caso em que, após longo período usufruindo de diversos serviços que foram oferecidos pela operadora de telefonia, adimplindo regulamente as faturas emitidas pela operadora, a usuária da linha ajuíza a presente ação, alegando jamais ter solicitado esses serviços, postulando seu cancelamento e a repetição em dobro dos valores pagos. Descabimento. Incoerência entre a conduta externada ao longo da relação contratual e o presente pedido de repetição de indébito. Adesão tácita aos serviços ofertados pela operadora de telefonia. Inocorrência de danos morais ao usuário da linha. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069382646, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 09/06/2016)

⁸⁵ **Ementa:** LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO CONCESSÃO DO PLEITO. NÃO VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Não configurada qualquer das hipóteses previstas pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, traduz-se inviável o pedido de antecipação de tutela formulado pela agravante no sentido de que ocorra a desocupação do imóvel. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. SUPRESSIO. Na hipótese dos autos, restou clara a ocorrência e uma das funções mitigadoras das obrigações (mais especificamente, da chamada *supressio*), a qual se traduz na diminuição dos direitos que uma parte tem contra a outra, com base no princípio da boa-fé. Verifica-se a *supressio* quando, pelo modo como as partes vêm se comportando ao longo da vida contratual, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma inicialmente prevista. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70010323012, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/11/2004)

A *Erwirkung* ou *surrectio* “é a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissor.”⁸⁶⁻⁸⁷ Essa pode ocorrer junto à *supressio*, ou não.

Como exemplo de caso de *surrectio*, traz-se um julgado do TJRS, a apelação cível n. 700672992987⁸⁸ de relatoria do Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Nesse caso, o alimentante pagou por oito anos um valor mais alto de alimentos do que o convencionado, despertando a confiança, pela passagem do tempo, de que aquele patamar seria mantido. Dessa forma, tanto o juízo de primeiro grau quanto o tribunal, entenderam ter surgido um direito ao alimentando, direito à majoração da pensão.

Essas categorias expostas são, em síntese, os principais desdobramentos do princípio da boa-fé. Diante desse apanhado, passa-se agora à caracterização dos negócios jurídicos processuais para que, assim, seja possível identificar de que maneira, ainda que de forma geral e exemplificativa, essa cláusula geral pode contribuir na apreciação desses.

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009. p.36

⁸⁷ “Perante um fenómeno de *supressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo. A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjectivos.” MENEZES CORDEIRO, Antonio da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. P. 821

⁸⁸ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTANTE QUE, POR OITO ANOS, PAGOU ALIMENTOS A MAIS DO QUE O ESTIPULADO ORIGINALMENTE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. SURRECTIO. Com o seu comportamento, o alimentante criou justa expectativa no alimentado de que pagaria, até provimento jurisdicional em contrário, o patamar de 20% de suas rendas. E, de repente, cessou a verba. Aplicável à hipótese o princípio geral de Direito chamado de venire contra factum proprium, que significa a vedação ao comportamento contraditório. Esse mandado de otimização encontra guarida nas situações nas quais uma pessoa comporta-se de determinada maneira por certo tempo e gera em outra a justa expectativa de que continuará comportando-se assim, que seu comportamento permanecerá inalterado. E diante dessa contínua conduta, exsurge um investimento e confiança de que a maneira de agir, de modo que a quebra desse standard pré-estabelecido ofende o princípio da boa-fé objetiva. Nessa senda, por anos o alimentante gerou essa expectativa no alimentado - de ser suprido nesse percentual de 20% sobre suas rendas, o que, de fato, criou o padrão de vida no qual vive hoje. Além disso, ficou demonstrada a capacidade econômica do apelante em arcar com tamanha quantia. Assim sendo, ocorreu a *surrectio*, isto é, surgiu um direito que antes era inexistente, pela repetição dos atos. Aliás, insta destacar que a sentença reduziu o percentual para 15%, aquém da capacidade do apelante. Porém, como só houve recurso do alimentante, defesa é a alteração para maior. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70067292987, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 05/05/2016)

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A temática dos negócios jurídicos processuais é alvo de vasta doutrina no direito continental europeu⁸⁹⁻⁹⁰, principalmente no direito alemão⁹¹ - paradoxalmente a principal influência do nosso processo civil. No direito brasileiro, contudo, há não muito tempo a doutrina, salvo raras exceções, quando não ignorava rejeitava peremptoriamente os acordos processuais⁹².

Em seguida será abordado sucintamente, como introdução aos negócios processuais, o histórico do processo civil, devido ao entendimento de que por meio da análise da evolução do processo civil será possível apresentar as razões para a desatenção da doutrina para com essas convenções.

3.1. Breve introdução

Antes de tudo, é preciso estabelecer, ainda que sucintamente, a evolução pela qual o processo civil passou até chegarmos à concepção que ensejou a promulgação do novo código de processo civil, lei 13.105/2015 (CPC/2015), permitindo, como se demonstrará, o aumento do escopo dos negócios processuais.

O processo civil já foi mais suscetível à vontade das partes no que diz respeito ao procedimento, tendo encontrado o ápice dessa suscetibilidade no privatismo romano, com a *litiscontestatio*⁹³, de natureza jurídica tida como contratual⁹⁴ ou quase contratual⁹⁵. Segundo

⁸⁹ SACHSE com o Beweisverträge, SCHIEDERMAIR com o Vereinbarungen im Zivilprozess, BAUMGÄRTEL com o Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, SCHLOSSER com o Einverständliches Partei handeln im Zivilprozeß, VERKINDT com la contractualisation collective de l'instance, ANELLA com Glia Accord processuale Franchise Volt 'alla regolamentazione collettiva del processo civile. dentre outros citados por CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 93

⁹¹ "In Germany, procedural contracts have been discussed for decades, and the courts as well as legal literature have mostly adopted a relatively liberal position." KERN, Christoph A. Kern. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 193

⁹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 95

⁹³ "A intervenção estatal, advirta-se, reduz-se em substância à autorização do juízo, à *datio* ou à *denegatio actionis*, com efeito apenas adesivo ou substantivo. Em contrapartida, a instauração, o desenvolvimento e a eficácia jurídica do processo encontram a sua verdadeira fonte na vontade e atividade das partes." ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 19-20.

ANTONIO DO PASSO CABRAL, “a *litis contestatio* podia ser visualizada como instrumento de tipo arbitral que representou o formato mais primitivo - e o mais difundido - de acordo processual.”⁹⁶ Nela eram fixados os pontos litigiosos da questão e definidos os limites da sentença a ser proferida pelo *iudex*. Os litigantes eram obrigados a respeitá-la, e por meio dela produzia-se a preclusão da ação⁹⁷.

Entre reações e contra-reações⁹⁸, na passagem do século XIX para o XX, principalmente como resposta ao processo liberal⁹⁹, e juntamente com a autonomia científica do processo, derivada das idéias de OSKAR BÜLOW, fundou-se a escola publicista de processo. Entendia-se a relação jurídica processual como pública por englobar o Estado-juiz¹⁰⁰. Essa concepção estava vinculada a uma idéia de soberania estatal¹⁰¹, o que ficou conhecida como publicismo processual¹⁰²⁻¹⁰³⁻¹⁰⁴.

⁹⁴ A doutrina contratualista do processo derivaria de conceitos tomados do direito romano, especificamente da *litis contestatio*, que pressupõe um acordo de vontades. Nessa, as partes expunham seu direito frente ao pretor, com liberdade de fala entre si e o magistrado. Ao fim, este proferiria a decisão à qual as partes se submetiam, pois a aceitaram no contrato. Não havendo comum acordo, não havia *litis contestatio*. Mais do que um juízo, o fenômeno era uma arbitragem frente ao pretor. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 126.

⁹⁵ Como ela [a *litis contestatio*] não apresenta nem o caráter de um contrato, já que o consentimento das partes não é completamente livre, nem de um ilícito ou quase ilícito, uma vez que litigante não fez mais do que fazer uso de seu direito, longe de violar o de outros, os autores alemães reconheceram-lhe o caráter de um quase contrato. *Ibidem*, p. 130

⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 32

⁹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 28

⁹⁸ Sobre as diversas fases do processo civil, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 16-60

⁹⁹ Exemplificativamente, cita-se trecho de artigo de Gottfried Baumgärtel, no qual ele destaca a orientação do processo civil à época do liberalismo na Alemanha, na qual a preocupação central era a liberdade das partes na configuração processual da luta pelo seu direito: “*Die in der Zeit des Liberalismus entstandene ZPO ließ in ihrer ursprünglichen Gestalt den Parteien weitgehende Freiheit in der prozessualen Gestaltung des Kampfes um ihr Recht. Im Vordergrund stand die Sorge um die Freiheitsrechte des einzelnen gegenüber dem allmächtigen Staat. Einen Schutz der Parteien voreinander sah man nur bei schuldhafter Prozeßverschleppung und bei Vorliegen von Straftatbeständen als erforderlich an.*” in: Treu und Glauben im Zivilprozeß. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 355

¹⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 99

¹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 48

¹⁰² “Embora as codificações sejam frutos das idéias liberais, a legislação processual, em vários países, passou a receber a influência de Franz Klein e do código austríaco de processo civil, em cujas regras predominava a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva igualdade das partes no processo. [...] Passou-se, enfim, de um modelo liberal, em que o juiz mantinha uma postura passiva, para um modelo mais social, conferindo ao juiz posição de protagonista do processo, com uma postura solipsista, caracterizada pela atividade solitária de subsunção dos fatos aos textos normativos.” CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.48

¹⁰³ ‘O processo somente será racional e conforme a moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social [...]’ KLEIN, Zeit und Geistes-

O processo, nessa concepção, é compreendido predominantemente como uma relação jurídica na qual vários sujeitos, investidos de poderes e por procedimento determinados pela lei¹⁰⁵, atuam com vista à obtenção de um fim¹⁰⁶, havendo pouca margem para a disposição das partes¹⁰⁷. Essa visão também é extremamente formalista, fechando as portas à substituição das regras legais por regras convencionadas¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Não à toa, COUTURE afirmava que a concepção do processo como um contrato perdera toda a significação no direito moderno¹¹⁰.

O processo civil brasileiro permaneceu por muitos anos atrelado às idéias acima tratadas, enquanto que no direito continental europeu, de onde essas vieram, já estavam há muito superadas.

Evidenciando a existência de um ciclo, recentemente o processo civil tem gradativamente propiciado um maior protagonismo das partes, cedendo lugar a uma ordem jurídica negociada e com a redução dos formalismos. Para FREDIE DIDIER JR. haveria um verdadeiro princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil¹¹¹. Esse

strömungen im Prozesse, *apud* Troler, Formalismus, *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 51.

¹⁰⁴ Na visão do processo como situação jurídica (*Der Prozess als Rechtslage*, GOLDSCHMIDT, 1925), o processo não seria uma relação, mas uma situação, e, dentro dessa situação, trata-se de possibilidades (*Möglichkeiten*) de reconhecimento do direito na sentença, de expectativas (*Aussichten*) de obter esse reconhecimento, e, finalmente de ônus/cargas (*Lasten*), ou seja imperativos e impulsos do próprio interesse para cumprir os atos processuais. Diante disso, o juiz sentenciaria devido ao seu dever funcional, e não por ser um direito das partes, e estas não estariam ligadas entre si, mas em estado de sujeição ao ordenamento jurídico no conjunto de possibilidades, expectativas e ônus. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 136

¹⁰⁵ Normas, em sua maioria, tidas como cogentes, como indica Cuz e Tucci: “Tradicionalmente, a legislação processual desenha um determinado procedimento, cujas regras, em princípio, sempre foram concebidas como cogentes, não podendo ser alteradas pelos protagonistas do processo, vale dizer, nem pelo juiz e muito menos pelos litigantes.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 23

¹⁰⁶ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, p. 132

¹⁰⁷ “[...] o desenvolvimento do processo não fica à disposição das partes, mas nas mãos do juiz: no temperamento entre o poder do juiz e das partes, a balança inclina-se claramente a favor do primeiro.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.48

¹⁰⁸ “As normas processuais seriam em sua maioria cogentes, e não poderiam jamais ser substituídas por regras convencionais; ao juiz, figura central do processo, seria atribuída, com exclusividade, a condução do procedimento.” CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 34

¹⁰⁹ “Büllo sustentou que os acordos processuais seriam inadmissíveis porque, ante a publicidade da relação jurídica processual, seria vedado às partes convencionar sobre poderes de outrem (Estado-juiz). [...] Para ele seria impossível imaginar que houvesse um ato de vontade de um sujeito privado que mudasse regras processuais ou suspendesse a eficácia de normas cogentes.” *Ibidem*, p. 99-100

¹¹⁰ “Pero fuera de este valor puramente histórico, la concepción del proceso como contrato ha perdido en el derecho moderno toda significación.” COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, p. 129

¹¹¹ Mais do que autonomia da vontade, infere-se um verdadeiro princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, pois: i. há claro estímulo à autocomposição; ii. a vontade da parte é responsável por delimitar o objeto litigioso do processo e do recurso, tanto que o código de processo civil determina que se interprete a postulação de acordo com a boa-fé; iii. há uma série de negócios processuais típicos previstos no CPC; iv. este também prevê a possibilidade de celebração de negócios atípicos; v. foi consagrado o princípio da cooperação no processo (art. 6º CPC); vi. a arbitragem ainda é muito prestigiada. DIDIER JR., Fredie. Princípio

movimento é evidenciado pelo advento dos juizados especiais, incentivos à conciliação, pela transação, arbitragem e mediação.

Essa reação é fruto principalmente de uma preocupação com a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva¹¹² dos direitos, frente às demandas dos litigantes¹¹³. Não há apenas uma preocupação com o acesso à justiça, ou ao procedimento, mas a uma decisão de mérito adequada ao direito subjetivo levado ao judiciário, capaz de mudar o mundo dos fatos e em um tempo razoável.

Nessa esteira, os negócios jurídicos processuais apresentam-se como um meio de conferir maior adaptabilidade do procedimento às necessidades das partes, afinal “os direitos subjetivos dos cidadãos devem ser providos da máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício da liberdade individual, e, ainda, com o menor dispêndio de tempo e energia”¹¹⁴.

3.2. Características fundamentais dos negócios jurídicos processuais

O CPC/2015, ao prever a possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos¹¹⁵, abriu as portas do nosso processo civil às mais variadas convenções das partes em matéria processual; contudo, não se pode cogitar que os negócios jurídicos processuais sejam alguma novidade em nosso ordenamento, tendo em vista que estavam presentes, ainda que em rol taxativo, em diversos dispositivos legais do código de 1973, e mesmo no de 1939¹¹⁶.

do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 31-37

¹¹² “[...] o processo só tem sentido quando atinge sua principal finalidade em tempo relativamente proporcional às dificuldades da causa [...]” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 123

¹¹³ “Essa reação se deve basicamente a duas razões. De um lado, a crescente inadequação das formalidades do procedimento estatal às necessidades do tráfego jurídico: as modalidades de tutela jurisdicional e os instrumentos processuais estabelecidos para assegurar sua prestação não mais respondiam às exigências de flexibilidade, adaptação, efetividade. O procedimento ordinarizado, rígido e inflexível, nem sempre oferta, com eficiência e celeridade, o que as partes desejariam para a solução de seu conflito. Por outro lado, esse movimento deveu-se à inviabilidade de adoção de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias - como a arbitragem, a conciliação e a mediação - para inúmeros tipos de litígio nos quais esses métodos não fossem cabíveis ou não se afigurassem economicamente viáveis.” CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 35

¹¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 23

¹¹⁵ CPC/15, artigo 190: Versando o processo sobre direitos que admitem autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹¹⁶ Não obstante o silêncio da doutrina, no direito nacional havia previsão expressa e taxativa, tanto no código de 1939, quanto no de 1973, de disposições das partes a respeito de alguns dispositivos do código. Exemplificativamente, cita-se o artigo 35 do CPC de 1939, que permitia ao juiz abreviar ou prorrogar prazos diante do requerimento de uma das partes e com o assentimento da outra, ou a suspensão do processo (instância), do artigo 193. O código de 1973, por outro lado, previa a possibilidade de disposição das partes quanto à eleição de foro (artigos 111 e 112); à suspensão do processo (artigo 265, II, e §3º); à suspensão da execução (artigo

Tanto a diminuta utilização desse instrumento quanto o silêncio da doutrina - com raras exceções¹¹⁷ -, no entanto, fizeram com que a previsão legal fosse praticamente ignorada, tendo sido, os negócios jurídicos processuais, relegados ao quase esquecimento no Brasil.

3.2.1. Definição de Negócio Jurídico Processual

O negócio jurídico processual é um negócio jurídico¹¹⁸, fruto da manifestação de vontade de dois ou mais sujeitos, em um ato uno¹¹⁹, com vistas à produção de efeitos dentro de um processo¹²⁰, podendo ser firmado antes ou durante este.

Devido à finalidade dos negócios jurídicos processuais, e à freqüente inexistência de uma oposição/contraposição de interesses, a doutrina tem convencionado chamá-los de acordos ou convenções processuais¹²¹⁻¹²².

Segundo ANTONIO DO PASSO CABRAL, “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.”¹²³

792); à distribuição do ônus da prova (artigo 333); ao adiamento da audiência (453, I); ao arbitramento para a liquidação de sentença (artigo 475-C); à redução ou prorrogação de prazos dilatatórios (artigo 181, caput e §1º); à divisão do prazo entre litisconsortes para falar na audiência (artigo 454, §1º); à administração de estabelecimentos, semoventes, plantações e edifícios em construção penhorados; à indicação de depositário de bens sequestrados (artigo 824); à adoção da forma de arrolamento de bens para partilha amigável (artigo 1.031); à alienação de bens em depósito judicial.

¹¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Temas de direito processual - terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹¹⁸ “[...] negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 89

¹²⁰ O melhor critério é aquele que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir. Nesse sentido, a maior parte da doutrina define as convenções processuais, diferenciando-as dos contratos privados, a partir dos efeitos do acordo. Relevante é a *aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo* ou sua *referibilidade* a um processo, atual ou potencial. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 62

¹²¹ São atos constituídos por duas manifestações de vontade de igual conteúdo, assim, não seriam contratos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 88

¹²² “As palavras “acordo” ou “convenção” expressam uma união de vontades quanto ao escopo do ato praticado, mas se opõem à noção de contrato porque não há necessidade de que os objetivos, a causa ou os interesses subjacentes sejam diversos ou contrapostos. No acordo ou convenção, é possível que as vontades se encontrem para escopos *comuns* ou *convergentes*.” CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 56

¹²³ *Ibidem*, p. 68

Valendo-se da classificação de GOLDSCHMIDT dos atos processuais¹²⁴, ANTONIO DO PASSO CABRAL classifica os acordos processuais como atos processuais determinantes¹²⁵ (*Bewirkungshandlung*), pois seus efeitos são desencadeados diretamente da manifestação de vontade, atingindo a situação processual almejada pelas partes sem a necessidade de intermediação de outros sujeitos.

Essa posição é corroborada pelo artigo 200 do CPC/2015¹²⁶, que afirma a produção imediata da constituição, modificação ou extinção de direitos processuais¹²⁷.

Evidentemente, haverá necessidade de homologação judicial nos casos em que houver previsão expressa no próprio negócio processual; nos casos em que a lei exige a homologação, não se estaria tratando de negócio jurídico processual. Dessa forma, muitas das possibilidades de disposição das partes não configuram acordos/convenções processuais, pois (i) dependem da homologação do juiz (há regra nesse sentido), (ii) existe a possibilidade de uma das partes revogar unilateralmente o ato antes de ser apreciado pelo juízo, o que não é possível no negócio jurídico processual, salvo previsão no acordo¹²⁸.

¹²⁴ Segundo a teoria dos atos processuais de Goldschmidt, estes são divididos em duas categorias: *die Erwirkungshandlung* e *die Bewirkungshandlung*. A primeira, diz respeito a um ato (*Handlung*) visando à intervenção do juízo, que impulsionam sua atuação, buscam a obtenção (do verbo *erwirken*) da resolução judicial sobre dado conteúdo (petição, indicação de prova, etc.). Possui, dessa forma, efeito mediato, e submete-se à valoração da admissibilidade e do fundamento. Já a *Bewirkungshandlung*, é um ato que causa um efeito (do verbo *bewirken*) no processo, possuindo, assim, um efeito imediato, ou seja, sem intermediação, sendo submetido à verificação de validade e quanto à sua eficácia (declarações unilaterais de vontade, retirada da ação, etc.).

¹²⁵ As convenções processuais, tão logo sejam celebradas, atingem os efeitos pretendidos pelas partes. É o que dispõe o art. 158 do CPC/73 e o art. 200 do CPC/2015. E essa eficácia independe da manifestação, aprovação ou intermediação de nenhum outro sujeito. Por esses motivos, os acordos processuais podem ser enquadrados no conceito de *atos processuais determinantes*. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 64

¹²⁶ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

¹²⁷ Ao mencionar que as convenções processuais produzem efeitos no processo “diretamente”, faz-se referência à *suficiência* do consentimento das partes para atingir o efeito processual pretendido. Isto é, as partes, pela união de suas vontades para um propósito em comum (ou convergente), conseguem criar, modificar e extinguir situações processuais, bem assim alterar o procedimento, *sem necessidade de manifestação de outros sujeitos*. Essa é a *ratio* dos negócios jurídicos, que se distinguem porque a vontade é suficiente para conformar os efeitos pretendidos pelas partes. CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 63

¹²⁸ Para as convenções, como regra, não é possível haver revogação unilateral, salvo se houver previsão na própria avença. Já no ato conjunto, pode haver revogação unilateral de cada uma das manifestações de vontade, desde que a revogação seja empreendida até a decisão do juiz a seu respeito [...] *Ibidem.*, p.71

3.2.2. Produção de efeitos

Sendo, os negócios jurídicos processuais, atos processuais determinantes, não cabe ao magistrado uma análise da admissibilidade desses antes de sua produção de efeitos¹²⁹, sendo possível apenas um controle *a posteriori* de validade do acordo¹³⁰.

Assim, devem ser analisadas questões relativas aos sujeitos (no que diz respeito à manifestação de vontade - levando em consideração a consciência, autenticidade e ausência de defeitos invalidantes¹³¹-, capacidade e legitimação), ao objeto (licitude, moralidade e possibilidade) e à forma de exteriorização da vontade (no caso de existir estipulação legal das formas para dado negócio)¹³².

A “ingerência estatal nessa autonomia só se justifica nas hipóteses de invalidade, se o exercício dos direitos violar a esfera jurídica de terceiros, ou quando não haja manifestação livre de vontade, seja porque presentes hipóteses de desenvolvimento insuficiente (p. ex. incapazes) ou porque não houve consentimento esclarecido (e. g., vícios de consentimento).”¹³³

Deve-se lembrar que, no âmbito do direito privado, mesmo os atos inválidos, quando anuláveis, produzem todos os efeitos até serem desconstituídos por sentença judicial, e mesmo quando nulos há hipóteses de serem eficazes.¹³⁴⁻¹³⁵

Fica claro, diante disso, que a essência do negócio jurídico processual está na autonomia da vontade e no princípio da liberdade de negócio jurídico, e não na atuação do

¹²⁹ “Ao juridicizá-los (= torná-los atos jurídicos), a norma lhes atribui validade jurídica, através da qual se concretizarão as finalidades práticas a que se destinam. [...] Se as normas sobre o conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidos, o direito o repele, negando-lhe validade jurídica [...]” MELLO, Marcos Bernardes de . **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6

¹³⁰ As consequências dessa qualificação são várias. De um lado, nos atos determinantes, o magistrado não analisa a admissibilidade do negócio processual *a priori*, exercendo o controle apenas *a posteriori*. Por outro lado, o juiz também não tem o poder de apreciar a conveniência do acordo, limitando-se a um exame de validade porque vinculado ao que foi deliberado pelas partes. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 65

¹³¹ Erro, dolo, coação, fraude contra credores, falta de anuência necessária de terceiro, consideração da boa-fé objetiva e equidade, etc.

¹³² MELLO, Marcos Bernardes de . *Op. cit.*, p. 17 e ss.

¹³³ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 176

¹³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de . *Op. cit.*, p. 12

¹³⁵ “Por outro lado, os sistemas jurídicos admitem a conversão do negócio jurídico inválido em outro que seja válido com os pressupostos do primeiro, desde que atenda aos interesses dos figurantes do negócio. É possível, por exemplo, converter-se uma nota promissória que seria nula como tal, por lhe faltar algum elemento essencial à validade, em uma confissão de dívida válida e eficaz.” *Ibidem.*, p. 9

juiz; esta não é necessária à produção de efeitos, como seria em um ato conjunto ordinário¹³⁶ como a transação e o adiamento de audiência por conveniência das partes.

3.2.3. Modalidades de Negócios Jurídicos Processuais

CHRISTOPH KERN, em artigo publicado na coleção Grandes Temas do Novo CPC¹³⁷, expõe as duas modalidades de acordos¹³⁸ processuais existentes na Alemanha: são eles os *prozessuale Verfügungsverträge* (contratos dispositivos processuais) e os *prozessuale Verpflichtungsverträge* (contratos obrigacionais processuais).

Os primeiros são os acordos sobre o procedimento, com efeito imediato sobre as regras procedimentais. Devido à relação triangular das partes com o juízo, que se inicia a partir do momento em que a ação é ajuizada, parte da doutrina entende como incerta a capacidade do “contrato” entre duas delas ser suficiente para vincular a terceira (o juízo). Para outra parte considerável da doutrina, contudo, o vínculo, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade, tendo em vista este não ser uma parte do acordo, mas do dever de aplicar a norma convencional válida¹³⁹ - assim, as normas sobre procedimento vinculam o juízo.

CHRISTOPH KERN ainda menciona que a convenção sobre procedimento seria submetida às limitações impostas pelas leis cogentes, que tornam o acordo processual sobre procedimento muito mais restrito, atuando este praticamente apenas dentro do espaço expressamente dado pela lei. Esses contratos, por definição, possuem um efeito imediato nas regras processuais, devendo ser respeitados como se previsões legais fossem.

No caso brasileiro, contudo, diante da possibilidade de acordos processuais atípicos, e da inexistência aparente de uma vedação *a priori* destes nos casos de acordo sobre procedimento, caberia aos juízes, dentro de sua função de controle de validade das

¹³⁶ *Gesamtakt* - ex. petição ao juízo informando que as partes entraram em acordo, com pedido de extinção do processo. Não se trata de negócio jurídico processual, pois as partes necessitam da atuação do juiz. O ato só possui efeito após a decisão judicial. Seria um *Erwirkungshandlung* (ato de obtenção de uma tutela jurisdicional), e não um *Bewirkungshandlung* (ato de efeito - nesta categoria se enquadrariam as convenções processuais). Essa categoria, inclusive permite que a parte volte atrás antes do pronunciamento do juízo; a convenção processual, em regra não, salvo previsão expressa no contrato, pois não importa o pronunciamento do juízo, ela passa a ser eficaz no momento do pacto. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 66 e ss.

¹³⁷ KERN, Christoph A. Kern. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 193-197

¹³⁸ A doutrina alemã trata as convenções/acordos processuais sob termo homônimo ao do direito privado, contrato (*Der Vertrag*).

¹³⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 225-226

convenções, a declaração de invalidade, de ofício, quando essas exorbitarem os limites impostos pelo ordenamento.

Já a outra categoria diz respeito aos acordos referentes ao comportamento das partes no processo, criando obrigações, como a retirada da ação ou do recurso, abdicação ao uso de certos meios de prova, dentre outros. Ou seja, o “contrato” não interfere nas normas do procedimento, apenas estipula comportamentos dentre os possíveis - previstos na lei processual. Eles obrigam as partes, mas não interferem diretamente nas normas processuais - um acordo excluindo a postulação de provas periciais não impediria, por exemplo, que o juiz, utilizando seus poderes instrutórios, determinasse *ex officio* a produção de prova pericial.

Devido às características dos *prozessuale Verpflichtungsverträge*, de ausência de norma legal regulando a situação, pois trabalham no âmbito das ações das partes, o escopo de liberdade de disposição é maior, sendo dado a essas convenções o mesmo tratamento dado aos contratos de direito privado¹⁴⁰.

Essa divisão está presente no artigo 190 do CPC/2015, tendo em vista que ambas as possibilidades de acordo são mencionadas¹⁴¹: “[1] estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e [2] convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Além disso, as duas categorias estão evidentes no Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas, que refere o seguinte: “O art. 190 autoriza que as partes [1] tanto estipulem mudanças do procedimento [2] quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.(sem colchetes nos originais)

Diante dos acordos procedimentais válidos, o juiz deve observar o disposto na convenção, seja respeitando o foro da convenção, seja nomeando o perito escolhido pelas partes, dentre outras possibilidades. A atuação do juízo, nesse caso independe de provocação da parte, devendo se de ofício, pois decorre da vinculação do juízo ao direito objetivo¹⁴² convencionado pelas partes - à exceção dos casos em que a própria lei condicione a cognição à alegação do interessado, como na relativa à eleição de foro. As partes poderiam, contudo, mesmo diante da cognição *ex officio*, invocar o acordo dispositivo e exigir seu cumprimento, por meio de objeção, como se fosse um “lembrete” ao juiz¹⁴³.

No caso dos acordos obrigacionais, o juiz não somente deverá observá-los, como deverá dar cumprimento, seja inadmitindo recurso objeto de renúncia, declaração contrária ao

¹⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 73

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 74

¹⁴² *Ibidem*, p 243

¹⁴³ *Ibidem*, p. 244

pactuado, ou mesmo a ação diante de um *pacto de non petendo*¹⁴⁴. A atuação judicial nesses casos será vinculada ao impulso da parte, que não deve apenas alegar a existência do acordo, como tem ônus de comprová-lo. Isso decorre da simples razão de que as partes podem optar por não dar cumprimento ao acordo. A pretensão de ver o acordo obrigacional cumprido deveria ser exercida por meio de exceção¹⁴⁵.

3.2.4. Limites aos Negócios Jurídicos Processuais

Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que caberá ao juiz, no exame de validade dos negócios jurídicos processuais¹⁴⁶, o controle aos seus limites¹⁴⁷.

Como ponto de partida, é necessário apontar que cabem, por analogia, aos acordos processuais, os mesmos princípios dos contratos, quais sejam: (i) autonomia da vontade, (ii) obrigatoriedade dos efeitos contratuais, (iii) relatividade dos contratos, (iv) função social dos contratos, (v) boa-fé, e (vi) equilíbrio econômico do contrato¹⁴⁸. A aplicação por analogia, evidentemente deve ceder às particularidades dos acordos processuais, e, diante disso, atuam como importantes limitações a essas convenções, a relatividade dos contratos, pois os acordos processuais vinculam apenas às partes que o convencionaram - estas não podem deliberar sobre situações que não estejam na sua área de autonomia -, e o princípio da boa-fé, como será demonstrado posteriormente.

Os negócios jurídicos processuais ainda possuem, inicialmente, os mesmos pressupostos dos contratos, quais sejam: a (i) capacidade das partes¹⁴⁹, (ii) licitude e determinabilidade do objeto, (iii) obediência à forma prescrita ou não defesa em lei, e (iv) a

¹⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 238-239

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 243

¹⁴⁶ Quanto à validade dos negócios jurídicos, traz-se a contribuição de Marcos Bernardes de Melo: “Ao contrário, quando o suporte fático se concretiza suficientemente, mas (a) algum de seus elementos nucleares é deficiente (p. ex., vontade manifestada diretamente por absolutamente incapaz, ou pelo relativamente incapaz sem a presença do assistente, ou está eivada de vício invalidante, como erro, dolo, etc., ou então, seu objeto é ilícito ou impossível), (b) ou lhe falta algum elemento complementar (não foi observada alguma forma prescrita em lei, e.g.), o sistema jurídico o tem como *ilícito*, impondo-lhe como sanção a *invalidade*.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4

¹⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 225-229

¹⁴⁸ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.)

Comentários ao Novo Código Civil, v. XI: Das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3

¹⁴⁹ “A capacidade civil, se falta, torna deficiente o suporte fático e faz nulo (arts. 5º e 145 I) ou anulável (arts. 6º e 147, I) o negócio jurídico” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte geral**, tomo III, 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoir, 1970. p. 10

inexistência de vício na manifestação de vontade (não podendo ser fruto de dolo, coação, erro, estado de perigo, lesão¹⁵⁰⁻¹⁵¹).

Em um segundo momento, incidem ainda os limites impostos pelo artigo 190 CPC/2015¹⁵², quais sejam: i. a convenção versar sobre direitos que admitam autocomposição; ii. o acordo não ter sido firmado por inserção abusiva em contrato de adesão.

A despeito do exposto, a questão do limite às possibilidades de disposição das partes é bastante complexa, tendo em vista que é difícil tanto traçar uma linha dos direitos que admitem autocomposição, quanto averiguar quando uma inserção em um contrato de adesão é de fato abusiva.

À primeira vista, poderia limitar-se o poder de disposição das partes nas convenções sobre processo da mesma forma que ocorre na arbitragem: pela disponibilidade dos direitos aos quais o objeto se refere¹⁵³. É certo, contudo, que, diferentemente da arbitragem, na qual o direito material fica relegado ao julgamento pelo árbitro - sendo, pois, vedada quando o objeto for direito indisponível¹⁵⁴ -, no caso dos negócios jurídicos processuais a tutela é a jurisdicional, e há possibilidade de controle judicial sobre a validade das convenções processuais. Dessa forma, os direitos indisponíveis serão resguardados pelo juiz, que pode

¹⁵⁰ “[...] if one of the parties concluded the contract with a material misconception about its nature or meaning in mind, this party may annul its offer or acceptance and thereby invalidate the contract according to the general rules of the Civil Code in §§ 142 (1), 119 BGB. The same is true if one of the parties was induced by the other party to conclude the contract through fraudulent misrepresentations or threat; here, the applicable provisions are §§ 142 (1), 123 BGB.” KERN, Christoph A. Kern. *Procedural Contracts in Germany*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 200.

¹⁵¹ “exige-se que ele resulte de processo volitivo caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé. Do contrário, o negócio poderá ser anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 80

¹⁵² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁵³ “[...] o conceito de indisponibilidade ou de situação jurídica disponível está no centro da discussão sobre o objeto dos negócios jurídicos processuais. De fato, se para os acordos processuais, os efeitos pretendidos são atingidos pela vontade concertada dos convenientes, deve-se indagar se as partes podem dispor daquele específico objeto.” CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 295

¹⁵⁴ “O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.” Voto do Ministro Sepúlveda pertence na AgR na SE nº 5.206.

negar aplicação às convenções quando essas puderem resultar em prejuízo a direitos indisponíveis¹⁵⁵.

Há necessidade, contudo, de uma análise caso a caso, pois diversos direitos indisponíveis são ordinariamente relativizados, como o interesse público¹⁵⁶, e os interesses coletivos¹⁵⁷. Da mesma forma, a possibilidade de acordos sobre competência, jurisdição, suspensão do processo, prazos, provas, dentre outros, expressa no CPC/2015, demonstra que mesmo quando existem normas processuais fundadas em princípios constitucionais, há espaço para a negociação das partes.

O *pactum de non petendo*, por exemplo, constitui um dos mais emblemáticos acordos processuais obrigacionais, e, ao mesmo tempo, implica a renúncia ao direito de ação. O mesmo se dá com a convenção objetivando não recorrer, que configura, no mínimo, renúncia a parte do direito ao contraditório, um dos mais importantes princípios constitucionais processuais. Nesse mesmo sentido, ANTONIO DO PASSO CABRALO cita¹⁵⁸:

“o devido processo legal (e os pactos para simplificação das formalidades procedimentais), o juiz natural (e os acordos sobre a competência), a duração razoável do processo (*vis-à-vis* as convenções para a suspensão do processo, dilação de prazos), o acesso à justiça (e a convenção de arbitragem), a ampla defesa e o contraditório (em confronto com os *pacti de non petendo e non exequendo*, cláusulas *solve et repete*).”

Cabe ainda trazer a manifestação da BARBOSA MOREIRA sobre a iniciativa da parte quanto à defesa de seus direitos, inclusive indisponíveis.

“Reza o art. 262, *principio*, do nosso estatuto processual que ‘o processo civil começa por iniciativa da parte’. A incidência da regra de modo algum se restringe ao território dos direitos disponíveis. No ordenamento pátrio - e não apenas nele - vale indiferentemente para o juiz a proibição de instaurar por si mesmo o processo, quer se cogite de uma classe de direitos, quer de outra.” [sic]¹⁵⁹

Dessa forma, fica claro que mesmo em casos de direitos indisponíveis é facultado às partes, ao menos, ajuizar ou não a ação. Assim, em princípio, não há um parâmetro seguro e suficiente para limitação dos negócios jurídicos processuais, de forma que o limite às

¹⁵⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 299

¹⁵⁶ Há diversos casos em que se admite a arbitragem envolvendo a entes estatais. *Idem*, p. 300

¹⁵⁷ Direitos que autorizam a intervenção do MP, no caso de desistência infundada ou abandono de causa pelo autor, são negociáveis pelos seus titulares. CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 301

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 297

¹⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p.37

convenções processuais, ou, o quadro de aplicação da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, só poderia ser dado pela verificação da validade do negócio nos casos concretos.

Assim, seriam considerados os mais diversos valores do direito processual, juntamente à expectativa em relação aos negócios jurídicos processuais, como: segurança do tráfego jurídico, confiança nas expectativas legítimas, proteção às garantias processuais, preservação e atribuição de efeitos jurídicos à vontade privada, equivalência das prestações, igualdade¹⁶⁰, dentre outros.

Diante disso, seria necessária a manutenção da unidade do direito por meio de respeito aos precedentes. Estes deixariam claras as situações universalizáveis para que todos os casos futuros de mesmas características relevantes fossem julgados da mesma forma.

Nesse sentido, RAFAEL ABREU afirma o seguinte:

Especialmente diante do fato de ser uma novidade no direito processual brasileiro, será papel das cortes de vértice, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, criar parâmetros decisórios em torno dos limites e da abrangência do instituto dos negócios jurídicos processuais¹⁶¹.

Aos poucos, por conseguinte, se formaria um quadro da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, permitindo uma visualização dos acordos válidos e fortalecendo a segurança jurídica - para tanto, a boa-fé seria um instrumento de grande valia.

Tendo sido estabelecidas as principais características dos negócios processuais, no ponto seguinte será analisado como a boa-fé atua em relação a essas convenções.

¹⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 315

¹⁶¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 300

4. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Diante dos fundamentos estabelecidos no ponto referente aos negócios jurídicos processuais, e da categoria de cláusula geral da boa-fé, a sujeição desses ao princípio da boa-fé é uma decorrência lógica. Ademais, ainda que haja diferenças entre os acordos processuais e os contratos no âmbito do direito material, as regras aplicáveis a estes são amplamente aplicáveis àqueles por analogia¹⁶².

As mudanças ocorridas no processo contemporâneo também sinalizam para a promoção dos meios favorecedores da cooperação, o que coaduna com a exigência de uma conduta ética das partes¹⁶³, motivo pelo qual tanto a cooperação quanto o princípio da boa-fé estão expressos nos artigos 5º e 6º do CPC/15. Como afirma BAUMGÄRTEL, o “fim superior do processo é a obtenção de uma decisão justa; a aplicação do princípio da boa-fé no processo é um meio para atingir esse fim.”¹⁶⁴

DANIEL MITIDIERO, ao explicar a passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional, indica como primeira mudança a pluralidade de fontes, diante da qual os princípios ganharam força normativa. A segunda mudança seria a introdução da técnica aberta à legislação, com a previsão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. A terceira mudança diz respeito à atividade jurisdicional, que se reconhece como de reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos; o direito é reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos conectados aos elementos do caso concreto¹⁶⁵.

Dessa forma, a utilização do princípio da boa-fé, que é uma cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, é coerente com a evolução do direito, e se apresenta como meio de garantia de uma decisão justa para as partes.

Diante disso, cabe agora indicar como o princípio da boa-fé poderia ser utilizado nos acordos processuais. A pretensão deste ensaio é meramente indicativa de possibilidades, por

¹⁶² “Although procedural contracts are different from contracts in the field of substantive law, the rules on contracts provided for by substantive law are widely applicable by way of analogy. This is so because the Code for Civil Procedure only contains very few rules on procedural contracts and because the rules of substantive law can be considered to enshrine general rules of contract law” KERN, Christoph A. Kern. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 199

¹⁶³ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 317

¹⁶⁴ Oberstes Ziel des Prozesses ist die Herbeiführung einer gerechten Entscheidung; die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozeß ist ein Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozeß. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 357

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil**. Revista de Processo, Thomson Reuters, Revista dos tribunais, vol. 229, pp 50-74., março 2014. p.52

meio da exposição de alguns casos possíveis, pois qualquer tentativa de esgotamento das possibilidades, e mesmo de previsão de todas as aplicações, seria fadada ao insucesso.

4.1. Na interpretação dos negócios jurídicos processuais

Fazendo uso das funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, esta poderia ser utilizada como cânone interpretativo das convenções processuais, exatamente nos termos expostos no tópico específico da boa-fé.

Assim, baseado no referencial da boa-fé, de honestidade e lealdade, visando proteger a confiança, o juiz analisará a convenção processual e a conduta das partes. Como ilustração, traz-se um julgado do TJRS¹⁶⁶, de relatoria do desembargador Glênio Hekman, no qual a boa-fé foi utilizada na interpretação de um acordo entre as partes, paralelo a uma transação.

Uma empresa rural fez proposta ao Banco do Brasil comprometendo-se ao pagamento de R\$ 17.000.000,00, e à reposição de sacas de arroz – produto do empréstimo do governo federal. O banco credor aceitou a proposta. Na transação homologada em juízo, contudo, constou que o banco apenas intermediava a negociação, e que o acordo somente valeria mediante a aceitação da proposta pela Secretaria do Tesouro Nacional. Após o pagamento pelo devedor dos R\$ 17.000.000,00 em dinheiro, o credor recusou-se a receber as sacas de arroz como reposição, alegando o indeferimento do acordo pela Secretaria do Tesouro Nacional, e exigindo o restante do valor em dinheiro. O tribunal entendeu que a recusa do Banco do Brasil em receber as sacas de arroz violava o princípio da boa-fé, tendo em vista a interpretação conforme a boa-fé da aceitação do acordo, independentemente da análise do que constou na transação homologada.

A decisão do TJRS ainda poderia ter feito menção ao *venire contra factum proprium*, pela frustração da confiança despertada na parte de que a aceitação do acordo e do pagamento em dinheiro significava a sua perfectibilização. Dessa forma, seria inadmissível a alegação de que o acordo não fora realizado.

Uma situação sensível que pode ser solucionada pelo recurso à boa-fé é a questão da inserção abusiva de cláusulas sobre o processo em contratos de adesão. Estes não são por si só

¹⁶⁶ Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. EXECUÇÃO. PROPOSTA DE ACORDO. VALIDADE. Tendo em vista que o banco/credor aceitou a proposta de acordo, com o recebimento de parte do valor devido, não pode recusar a aceitar o produto reposto pelos executados. Deve prevalecer as intenções das partes, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar da sua celebração, nos termos dos arts. 112 e 113 do Código Civil. Extinção da execução é que se impõe. DERAM PROVIMENTO AO AGRADO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70052979176, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 22/05/2013)

causa de invalidade de um negócio processual. Há diversos contratos de adesão utilizados em contratações entre grandes empresas, de forma que não se pode deduzir a imposição de vontade de uma parte sobre a outra. Entretanto, no caso de concessionárias de serviços públicos, que normalmente possuem o monopólio sobre um serviço, não há como o contratante recusar-se a aderir ao contrato, salvo se puder prescindir do serviço, o que é muito raro.

Nesses casos, caberá ao juiz analisar a convenção perante os referenciais da boa-fé, ou dando àquela a interpretação que mais se aproxime dos usos de tráfego, verificando os efeitos concretos do acordo nas partes e se estas cumpriram com seus deveres de informação, esclarecimento, e, diante disso, julgar a validade da convenção.

Nesse sentido, a boa-fé seria um parâmetro adequado para também verificar a igualdade das partes, no que diz respeito ao equilíbrio da relação resultante do acordo, e assim, “algumas situações específicas poderiam ensejar a não-aplicação (total ou parcial) do negócio processual, por sua invalidade em face do efetivo desequilíbrio em que colocadas as partes.^{167,}”

Emblemático no que diz respeito aos contratos de adesão e a incidência da boa-fé, até mesmo pela data do julgado, anterior ao código civil de 2002, foi o REsp n. 150420-DF¹⁶⁸, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Nesse caso, o STJ decidiu sobre uma cláusula de eleição de foro, e a situação foi a seguinte:

O BB Administradora havia contratado com uma empresa, e, no contrato de adesão, havia a previsão de uma cláusula de eleição de foro, sob a qual as partes teriam convencionado o foro de Brasília para dirimir litígios relativos ao contrato, com previsão expressa facultando apenas à Administradora a opção pelo domicílio do Réu, fosse essa sua vontade. Após a empresa aderente ter ingressado com uma ação contra a Administradora em Brasília, esta excepcionou o foro, buscando deslocar o feito para o domicílio da empresa aderente, no Rio de Janeiro. O STJ entendeu que a BB Administradora não poderia deslocar o feito, causando novo prejuízo à empresa, após ter

¹⁶⁷ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 294-295

¹⁶⁸ CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. ESTABELECIDO O FORO DE ELEIÇÃO A BENEFICIO DA ESTIPULANTE E TENDO A ADERENTE ATENDIDO AO CONTRATO, PROMOVEDO A AÇÃO NO FORO ESCOLHIDO, A EXCEÇÃO DE INCOMPETENCIA SUSCITADA PELA ESTIPULANTE, CONTRARIANDO A CLAUSULA DE ELEIÇÃO QUE ELA MESMA IMPUSERA, VIOLA O PRINCIPIO DA BOA-FE E NÃO PODE SER ACEITA PELO JUIZ, POIS CAUSARIA NOVO PREJUIZO A ADERENTE, QUE REUNIU ESFORÇOS E CONSEGUIU PROPOR A AÇÃO NO FORO DO CONTRATO, ONDE DESEJA PERMANECER. ART. 111 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 150.420/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 22/06/1998, p. 92)

abusivamente imposto o foro de Brasília no contrato de adesão, e a aderente ter se preparado para ajuizar ação no foro de Brasília. Dessa forma, o STJ realizou a interpretação conforme a boa-fé da cláusula contratual da eleição de foro no contrato de adesão.

Ainda, nos casos de introdução de cláusulas dúbias e uso de termos incorretos em acordo processual, ou diante de eventual lacuna, o juiz poderia preencher o sentido tendo por base os costumes do tráfico e a conduta conforme a boa-fé.

Por fim, a interpretação conforme a boa-fé é fundamental para o exercício das outras duas funções da boa-fé, seja a criação de deveres, seja o controle ao exercício de direitos subjetivos.

4.2. Criando deveres de conduta

A função de deveres de conduta poderia atuar como meio de garantir o equilíbrio nos negócios jurídicos processuais, tendo em vista que a presença de advogados não é um requisito de validade desses, e mesmo essa não garante a isonomia das partes.

Os deveres de conduta, conforme foi exposto no ponto 2.2, são deveres de fidelidade/lealdade, informação, declaração e proteção, bastando que os juízes apliquem esses fundamentos adaptados aos negócios jurídicos processuais.

É evidente que muitos dos deveres derivados de contratos não serão exigíveis no caso de um acordo processual, tanto pelo fato de que os deveres emanam das necessidades dos contratos, quanto pelo fato do acordo processual ter características próprias; contudo, deveres como o de informação e declaração fazem bastante sentido quando se leva em conta essas convenções das partes, principalmente nos casos envolvendo pessoas em situação de vulnerabilidade, como nos contratos de adesão, de trabalho, dentre outros.

Atuaria, assim, de forma a fazer com que as partes ao convencionarem fornecessem as informações adequadas e necessárias, garantindo a cognoscibilidade do conteúdo e a previsibilidade do vínculo¹⁶⁹, e a falha em cumprir com esses deveres poderia ensejar a invalidade do acordo por um defeito na vontade ou mesmo decorrente do desequilíbrio em que, ou mesmo numa analogia à violação positiva do contrato¹⁷⁰.

¹⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 318

¹⁷⁰ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATAÇÃO DE SEGURO. INFORMAÇÃO DEVE SER CLARA E PRECISA EM TODAS AS FASES CONTRATUAIS. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. COROLÁRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO

4.3. Função de controle

A função de controle se mostra um meio bastante amplo de coibir condutas violadoras da confiança legítima das partes em relação aos acordos bem como preservar a materialidade subjacente às convenções processuais. É, contudo, necessário ter cautela na sua aplicação, para que não se incorra no equívoco de aplicar a boa-fé em casos nos quais essa não se faz necessária.

4.3.1 Diante do descumprimento do negócio jurídico processual

Diante do descumprimento da convenção sobre o comportamento das partes no processo¹⁷¹, expõe CHRISTOPH KERN, a doutrina alemã se divide entre dois posicionamentos, um minoritário, outro majoritário. A resposta dada pelo primeiro posicionamento é a de que a única atitude possível à parte seria pleitear indenização por perdas e danos - por analogia aos contratos de direito material. Já de acordo com o segundo posicionamento, se a parte se comprometeu a dar alguma declaração, essa declaração pode ser considerada dada, mesmo que a parte não o faça, e se essa se comprometeu de alguma outra forma, um comportamento que viole o compromisso é inválido¹⁷². WALTER ZEISS, ainda traz mais uma alternativa corrente, a qual considera tão inadequada quanto a indenização por perdas e danos, que seria a parte lesada ajuizar uma ação para fazer valer a sua pretensão à conduta pactuada, fundada nos §§ 888 e 894 ZPO (dispositivos destinados a forçar o devedor a cumprir sua obrigação de fazer – do artigo 487 ao 501, 515, I CPC/2105) e só de posse do título judicial poderia executar a pretensão de ver o comportamento da outra parte respeitar o acordo processual¹⁷³.

Tanto ZEISS quanto a maior parte da doutrina defendem a inadmissibilidade da conduta violadora do acordo válido, o que enseja muitos debates é a origem dessa inadmissibilidade, se decorrente da violação do pactuado, se decorrente de violação da boa-fé.

DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO. (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 647.385 - SP (2014/0346418-3) (Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 02/03/2015)

¹⁷¹ O acordo processual sobre procedimento não estaria ao alcance das partes para ser descumprido, tendo em vista que sua aplicação imediata seria compelida pelo próprio juízo.

¹⁷² KERN, Christoph A. Kern. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 198

¹⁷³ ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 104

A jurisprudência alemã fez uso de diversas ferramentas para coibir o descumprimento do acordo como, por exemplo, a *exceptio doli processualis*, *exceptio pacti*, *venire contra factum proprium*, e *supressio*.

O recurso à *exceptio doli*, é uma exceção/defesa fundada no comportamento doloso e contrário à boa-fé, que leva à inadmissibilidade da conduta contraditória para com o pactuado. A *exceptio pacti* é exceção fundada no poder vinculante do pacto, e, também, com base nessa exceção, a conduta contrária ao pactuado é inadmissível¹⁷⁴.

WALTER ZEISS, ao analisar a atuação do *venire contra factum proprium* na jurisprudência referente ao processo civil, referiu o seguinte: “O *venire contra factum proprium* desempenha um papel quando alguém contraria no processo sua obrigação contratual a determinado comportamento processual”¹⁷⁵(tradução livre). A essa afirmação, o autor segue expondo caso do *Reichsgericht* (RG- Suprema Corte Alemã à época do Império), que marcou o início de uma firme jurisprudência.

No caso tratado, o demandante, antes da primeira audiência, havia prometido ao demandado a desistência da ação. Ao apresentar a sua petição, descumprindo o prometido, levou o demandado a invocar a *exceptio doli*, que foi concedida, tendo a demanda sido rejeitada como inadmissível pelo juízo. A *exceptio doli*, nesse caso, deriva do *venire contra factum proprium*¹⁷⁶, e o remédio processual adequado seria realmente uma exceção, atuando da mesma forma que atuaria a exceção de arbitragem, por exemplo¹⁷⁷.

Contudo, WALTER ZEISS crê que uma exceção fundada no objetivo de coibir o comportamento contrário ao pactuado, devido a fundamentos processuais, não poderia deixar-se compreender apenas como uma *exceptio doli*; devido à força vinculante do contrato, poderia ser conhecida como *exceptio pacti*¹⁷⁸.

Da mesma forma, BAUMGÄRTEL defende que “a obrigação extraprocessual a um comportamento no processo mantém seu efeito, como fato, e produz a inadmissibilidade processual ou a “desconsiderabilidade” do comportamento processual violador desse

¹⁷⁴ ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 104

¹⁷⁵ “Das *venire contra factum proprium* spielt eine Rolle, wenn jemand im Prozeß seiner vertraglichen Verpflichtung zu bestimmen prozessuellem Verhalten zuwiderhandelt.” *Ibidem*, p. 100

¹⁷⁶ “Die Einrede der Arglist, mit der Rechtsprechung und Literatur die gegenwärtige Problematik erfassen, folgt aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*.” *Ibidem*, p. 102

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 104

¹⁷⁸ “Eine Einrede, die das vertragswidrige Verhalten rügt, läßt sich aber nicht aus Gründen des Prozeßrechts nur als *exceptio doli* begreifen. Sie beruht auf der Bindungswirkung des Vertrages. Man kann sie zutreffender als *exceptio pacti* bezeichnen.” *Ibidem*, p. 105-106

contrato”, mas considera duvidoso que se possa considerar como violador da boa-fé um comportamento que sob o viés do direito material seria uma mora no cumprimento¹⁷⁹.

Ocorre que, onde a força vinculante do contrato atua, o *venire contra factum proprium*¹⁸⁰ cede, e, dessa forma, não teria aplicação nesses casos – lembre-se que a atuação da boa-fé se dá subsidiariamente, não havendo necessidade de sua utilização no caso de um contrato impositivo. Prova disso é que a jurisprudência alemã aplica, corretamente, a *exceptio doli* nos casos em que o acordo é meramente tácito¹⁸¹. Dessa forma, o autor conclui não ser aplicável o *venire contra factum proprium* nos casos de convenções expressas, pois nesses casos há uma pretensão da parte protegida pelo direito de fazer valer o pactuado. A contradição violando a confiança é secundária ao descumprimento do pactuado, de forma que deve ser, em primeiro lugar, utilizada a figura do descumprimento contratual, *exceptio pacti*, que não se fundamenta no princípio da boa-fé¹⁸².

Dessa forma, diante do descumprimento de um acordo válido não seria aplicável a boa-fé, mas a exceção de contrato não cumprido.

4.3.2 Diante da nulidade do negócio jurídico processual

No ponto 3.2.2 foram expostas as possibilidades de nulidade do acordo processual. Cada uma dessas possibilidades ensejaria uma aplicação diferente da boa-fé no caso concreto.

No caso de acordos inválidos, que não o sejam por vício da manifestação de vontade, a juízo ainda poderia aproveitar esta manifestação, convertendo-a em suporte fático do *venire contra factum proprium*, vinculando a declarante e tornando inadmissível a conduta contraditória por quebra da confiança.

Para ilustrar, parte-se de um exemplo extremo: um acordo processual prevendo que a penhora recairá exclusivamente sobre um bem imóvel específico. No momento de

¹⁷⁹(tradução livre) *Wie ich in meiner Habilitationsschrift über die Parteiprozeßhandlungen dargelegt habe, wirkt die außerprozessuale Verpflichtung zu einem bestimmten prozessualen Verhalten in dem Prozeße als Faktum fort und bewirkt die prozessuale Unzulässigkeit oder Unbeachtlichkeit des vertragswidrigen prozessualen Verhaltens. Das typische Beispiel ist die Fortführung des Prozesses trotz eines vertraglichen Klagerücknahmeversprechens. Ich habe aber schon in meiner Veröffentlichung über das Treu- und Glaubensprinzip darauf hingewiesen, daß es sehr zweifelhaft ist, ob man überhaupt ein vertragswidriges Verhalten, das vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus regelmäßig einen Leistungsverzug darstellt, unter prozessualen Gesichtspunkten als einen Verstoß gegen Treu und Glauben bezeichnen kann.* BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozeß*. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 364

¹⁸⁰ “Dort, wo man die bindende Wirkung eines Vertrages bejahen kann, drängt man das *venire contra factum proprium* zurück” ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 103

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 108

¹⁸² BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Op. cit.*, p. 365

determinação da penhora, a parte alega tratar-se de bem de família, e, portanto de direito indisponível, motivo pelo qual o acordo seria nulo. Em homenagem à boa-fé, a impenhorabilidade poderia ser superada, a exemplo do que ocorre no rol taxativo do artigo 3º da lei 8.009 de 1990¹⁸³.

Ainda que o rol seja taxativo, o STJ já negou a desconstituição de penhora que recaía sobre o bem de família ofertado à penhora em acordo homologado judicialmente, no REsp nº 1.461.301/MT, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha¹⁸⁴. A justificativa foi justamente a violação da boa-fé.

Assim, ainda que seja impenhorável, e esse direito seja indisponível, para impedir que a parte obtenha vantagem da situação jurídica ilegal à qual deu causa, impõe-se a superação da impenhorabilidade, numa situação na qual é visível tanto a *tu quoque*, quanto o *venire contra factum proprium* - a primeira pela nulidade ser fruto da ação da própria pessoa que busca beneficiar-se dela; a segunda pela proteção da confiança depositada no fato de que a garantia asseguraria o direito.

Outro caso de nulidade se apresenta quando um cônjuge sem autorização marital presta fiança omitindo seu nome de casada e sua situação civil. Esse foi o caso julgado no REsp 1328235/RJ¹⁸⁵, de relatoria do ministro Sidnei Beneti. O STJ entendeu que a malícia da

¹⁸³ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III -- pelo credor de pensão alimentícia; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015) IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

¹⁸⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/1990. BEM DE FAMILIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCUMPRIMENTO. PENHORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. 2. No entanto, **verificando que as partes, mediante acordo homologado judicialmente, pactuaram o oferecimento do imóvel residencial dos executados em penhora, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário.** Recurso especial a que se nega provimento. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.461.301 - MT 2011/0200703-2, RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 29/06/2015)

¹⁸⁵ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. FIANÇA SEM AUTORIZAÇÃO MARITAL. PRESTAÇÃO PELA MULHER DECLARANDO ESTADO DE SOLTEIRA. BOA FÉ OBJETIVA EM PROL DO CREDOR. IMPROVIMENTO. 1.- Alegada violação do art. 535 do Cód. de Proc. Civil inexistente. 2.- A regra de nulidade integral da fiança prestada pelo cônjuge sem outorga do outro cônjuge não incide no caso de informação inverídica por este de estado de solteira, assinando, no caso, a fiadora, mulher casada, com omissão do nome do marido. 3.- A boa-fé objetiva que preside os negócios jurídicos (CC/2002, art. 113) e a vedação de interpretação que prestigie a malícia nas declarações de vontade na prática de atos jurídicos (CC/2002, art. 180) vem em

parte ao omitir a sua situação civil violou a boa-fé, e a despeito da nulidade da fiança, foi-lhe comprometida a meação, não atingindo assim os bens de seu marido.

Há aqui um caso clássico de *tu quoque*, no qual à parte foi negado prevalecer-se da situação jurídica por ela mesma causada.

Outra possibilidade seria diante da convenção processual sobre competência, regulada pelo artigo 63 CPC/2015¹⁸⁶. No §1º consta a necessidade de alusão expressa a determinado negócio jurídico, e da eleição se dar por instrumento escrito. Na hipótese de uma das partes dar causa à não alusão, ou à dubiedade em relação ao negócio jurídico ao qual ela se refere, ela não poderia vir alegar futuramente esse vício para se esquivar do cumprimento da convenção.

4.3.3. Diante do não exercício da situação prevista no negócio jurídico processual

Os negócios jurídicos processuais obrigacionais não são cognoscíveis *ex officio*, devendo haver a provocação da parte para que a conduta ou omissão da outra seja inadmissível.

Diante disso, cabe o questionamento a respeito do efeito da inércia da parte em alegar o descumprimento do acordo processual frente ao princípio da boa-fé. De fato, a inação por longo período de tempo é responsável por ensejar a *supressio* no direito ou faculdade. No mesmo sentido, atos de uma parte podem despertar na outra a confiança legítima de que o acordo não seria trazido a efeitos no processo, e a mudança na postura ensejaria a vedação ao *venire contra factum proprium*.

Por exemplo, diante de uma convenção sobre eleição de foro, se uma das partes ajuíza ação no foro previsto pela lei ordinária, e a outra não alega o descumprimento na primeira oportunidade, a alegação posterior poderia ser inadmissível pela vedação ao *venire contra factum proprium*.

detrimento de quem preste fiança com inserção de dados inverídicos no documento. 4.- Quadro fático fixado pelo Tribunal de origem e inalterável no âmbito da competência desta Corte, que vem em prol do reconhecimento da inveracidade e da malícia na prestação da fiança (Súmula 7/STJ). 5.- Inocorrência de ofensa à Súmula 332/STJ, validade da fiança, no tocante à fiadora, a comprometer-lhe a meação, sem atingir, contudo, a meação do marido. 6.- Recurso Especial improvido. (REsp 1328235/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 28/06/2013)

¹⁸⁶ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

Outro caso possível seria um acordo entre as partes que, dentre outras estipulações, comprometem-se, por acordo sobre seus comportamentos no processo, e não sobre o procedimento, a realizarem os atos processuais sempre dentro do prazo de sete dias. O processo prossegue sem que as partes manifestem-se a respeito da cláusula, e uma das partes realiza os atos sempre no último dia do prazo legal, ignorando o convencionado. Após a sentença, esta mesma parte apela no 15º dia útil, e a outra parte busca a exceção de descumprimento do acordo. Neste caso, essa exceção seria inadmissível, pela ocorrência da *supressio*, pois o transcurso do tempo, aliado à inação frente ao descumprimento reiterado do acordo, despertaram a confiança de que a cláusula do acordo não seria posta em prática, tendo sido suprimido o direito da parte a fazê-lo.

Dessa forma, a *supressio* e a *surrectio* podem atuar sempre que, diante da inexistência de um prazo preclusivo, uma das partes, por uma conduta durante período considerável de tempo, suscita na outra a confiança legítima em um estado de coisas, resultando na impossibilidade de alterar essa situação.

CONCLUSÃO

O objetivo deste ensaio era fornecer elementos para que fosse possível vislumbrar algumas das contribuições que o princípio da boa-fé pode oferecer aos negócios jurídicos processuais.

Ao analisar o embate entre concepções privadas e públicas, especificamente no direito civil, constatou-se um movimento histórico pendular entre as concepções privatistas e publicistas do direito. Nesse sentido, o direito contratual passou de uma concepção liberal, de estrita proteção do pactuado, para uma situação de maior controle judicial sobre as disposições dos indivíduos, seja por meio de leis restringindo os objetos dos contratos, seja pela abertura do sistema aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

A boa-fé, como importante cláusula geral, foi então abordada, e, nas oscilações entre privatismo e publicismo, foi possível identificar que ao longo dos anos o poder judiciário se utilizou da boa-fé como uma ferramenta hábil para buscar a preservação do ideal de confiança e lealdade na disciplina dos contratos nos casos em que a lei não oferecia proteção.

É possível perceber, inclusive, o aumento da relevância da boa-fé no direito estrangeiro (alemão) e no próprio direito brasileiro, estando explícita tanto no código civil (CC/02) quanto no próprio código de processo civil (CPC/15).

As três funções desempenhadas pela boa-fé, de interpretação, fonte de deveres de conduta e controle do exercício de direitos subjetivos, demonstram sua aptidão a auxiliar a resolução de diversos casos nos quais a insuficiência das leis escritas permitiria a violação de ideais tão caros às relações dos indivíduos como a lealdade e confiança.

Na sua função de auxiliar interpretativo, a boa-fé se mostra um importante meio de, levando em consideração os usos do tráfego, a lealdade e a confiança, suprir lacunas nos contratos e garantir que a finalidade atingida seja a almejada pelas partes. Serve ainda às outras duas funções da boa-fé, na constatação dos deveres de conduta e abusos no exercício de direitos subjetivos e situações jurídicas.

Com fonte de deveres de conduta, a boa-fé exige das partes o cumprimento de uma série de deveres que, mesmo não pactuados, vinculam as partes, tendo configuração quádrupla, de fidelidade/lealdade, informação, declaração e proteção.

Em sua função de controle, a boa-fé possibilita a vedação de diversas condutas abusivas que, sob a ótica da lei escrita, não seriam coibidas, mas teriam um alto custo aos

ideais de lealdade e confiança. Nesse sentido, entende-se como inadmissível o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, e outras situações de exercício disfuncional do direito, culminando na inalegabilidade de nulidades formais, na *supressio* e na *surrectio*.

O *venire contra factum proprium* é a situação na qual uma das partes suscita na outra a confiança legítima de que um ato será realizado ou não será realizado. Diante dessa confiança legítima, a parte não pode alterar sua conduta. Esse brocardo confere às relações a força vinculante do *pacta sunt servanda*, nas situações em que as regras escritas silenciam.

No mesmo sentido, e como uma subespécie do *venire contra factum proprium*, tem-se a inalegabilidade de nulidades formais, segundo a qual, em uma série de situações é vedada a alegação de nulidade formal, como forma de proteção à confiança legítima das partes no negócio jurídico realizado.

Também protegendo a relação de confiança que deve permear as relações, nos casos em que a conduta ou omissiva ou comissiva, por longo período de tempo, de uma das partes desperta na outra a confiança de que uma situação será mantida, opera-se ou a *supressio* no direito de alterá-la, ou a *surrectio* no direito de manutenção da situação, ou mesmo, em alguns casos, ambas. Essa locução tem espaço apenas nos casos em que a lei escrita não estipule um prazo para o exercício de um direito.

Por fim, a *tu quoque* serve à proteção do equilíbrio contratual e da materialidade subjacente a este. Segundo esse brocardo, que descumprir um negócio jurídico não poderia invocar o descumprimento posterior da outra parte em benefício próprio. Da mesma forma, não é permitido a uma das partes obter vantagem da própria violação de uma norma jurídica.

Constatou-se a grande relevância da boa-fé na jurisprudência brasileira, com a menção a diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

No ponto 3.1, verificou-se a mudança que se opera na concepção de processo civil, partindo de uma idéia publicista e formalista para uma maior abertura ao protagonismo das partes e instrumentalidade das formas, evidenciado pelos incentivos à autocomposição, conciliação, mediação, com o advento dos juizados especiais e mesmo a arbitragem.

Nesse sentido, a abertura aos negócios jurídicos processuais atípicos, ensejada pelo artigo 190 CPC/15, possibilita às partes conferir maior adaptabilidade ao procedimento em relação ao caso concreto, favorecendo uma resolução mais adequada a cada situação.

Os negócios jurídicos processuais podem ser chamados tanto de convenções quanto de acordos processuais, devido à sua característica de unir as vontades das partes com vistas a

uma finalidade.

Os acordos processuais prescindem de intermediação por qualquer outro sujeito, e são frutos exclusivos da manifestação de vontade dos acordantes, pertencendo à categoria dos atos processuais determinantes, de forma que produzem efeitos no processo independentemente de homologação judicial, salvo seja essa a vontade expressa no acordo.

Foi constatada a existência de dois tipos de acordos processuais: os acordos procedimentais ou dispositivos, nos quais as partes ajustam o procedimento ajustando-o à sua causa, tendo efeitos imediatos nas regras procedimentais; os acordos obrigacionais, através dos quais as partes convencionam sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Ao juízo cabe apenas uma verificação a posteriori da validade do acordo, sendo a cognição *ex officio* para os acordos sobre procedimento, e sob provocação de ao menos uma das partes nos acordos processuais obrigacionais.

Quanto ao juízo de validade dos acordos processuais, poderão ser utilizados analogamente os princípios do direito contratual e os pressupostos dos negócios jurídicos, com as devidas adaptações às características de cada tipo de convenção processual. Além disso, incidem as limitações do artigo 190 do CPC/2015.

Ressaltou-se ser essencial um respeito aos precedentes, visando à obtenção de um quadro geral dos negócios jurídicos processuais válidos, servindo assim à segurança jurídica.

Por fim, foram abordadas as possíveis aplicações do princípio da boa-fé em relação aos negócios jurídicos processuais. Primeiramente com auxiliar interpretativo, seja adequando a interpretação das convenções e dos atos das partes aos costumes do tráfego e ao binômio confiança/lealdade, seja na constatação de situações abusivas e de deveres anexos aos acordos.

Pela função de criação de deveres de conduta, identifica-se na boa-fé uma garantidora do equilíbrio do negócio jurídico processual, sendo principalmente fonte de deveres de informação das partes quanto às consequências das convenções, principalmente no que diz respeito às situações de vulnerabilidade de uma dessas. A falha nesses deveres poderia ensejar a invalidade do acordo por vício na declaração de vontade.

Finalmente, no que diz respeito à função de controle, focou-se nos acordos obrigacionais, tendo em vista a cognição *ex officio* dos acordos procedimentais e a propensão maior das convenções obrigacionais a ensejarem o exercício disfuncional de direitos. Dividiu-se o tópico em três possibilidades: diante do descumprimento do acordo processual, diante da nulidade do acordo processual e do não exercício da situação prevista no acordo.

Quanto à primeira possibilidade, descartou-se a incidência do *venire contra factum proprium*, pela desnecessidade, devido à natural incidência da exceção de pacto não cumprido.

Nos casos de nulidade do acordo, situação na qual a convenção não mais vincularia, seria possível a aplicação do *venire contra factum proprium*, devido à confiança legítima despertada na parte em decorrência do pactuado, bem como da sua subespécie, inalegabilidade de nulidades formais, nos casos em que a situação de confiança torna a uma das partes o vício formal inalegável.

Também seria possível a ocorrência da *tu quoque*, quando uma das partes busca beneficiar-se da situação jurídica por ela violada, como no caso de oferecimento de bem de família à penhora, firmação de acordo por cônjuge omitindo a situação civil, etc.

A proposta deste ensaio era fornecer uma base para possibilitar a previsão de atuações do princípio da boa-fé no caso dos negócios jurídicos processuais, mas em nenhum momento buscando a exaustão do tema. São muitas as possibilidades oferecidas pelas relações entre os indivíduos, o que, apesar de impossibilitar uma exposição exaustiva, é a própria justificação do princípio da boa-fé como conceito jurídico indeterminados e cláusula geral no ordenamento jurídico; conferir a necessária abertura do sistema para tutelar as situações de confiança dignas de proteção preteridas pelas normas escritas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 281-302.
- ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Comentários ao Novo Código Civil, v. XI**: Das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 482 p.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, jan/mar, 2006.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 195 p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de direito processual** - terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35-51
- BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozeß. In: **Zeitschrift für Zivilprozeß**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1973. p. 352-372
- BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoría General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1952
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 384 p.
- CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 39-72
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30-58
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. 524 p.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 23-29

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 31-37

KERN, Christoph A. Kern. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 192-203

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 503

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 247 p.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 259 p.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

_____. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Vol II. Coimbra, Livraria Almedina, 1984. 1.406 p.

_____. **Litigância de má-fé, abuso de direito e culpa “in agendo”**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. 272 p.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. Revista de Processo, Thomson Reuters, Revista dos tribunais, vol. 229, pp 50-74., março 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 93-104

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, tomo III, 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoir, 1970. 511 p.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. Ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790p.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 75-92

ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. 212 p.

LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. Organização de textos, índice detalhado e introdução por KÖHLER, Helmut. 69 ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. 795 p.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.202.514 - RS**. Recorrente: Danilevicz advogados associados. Recorrido: Indústrias Micheletto S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.192.678 - PR**. Recorrente: Oriente Fomento Comercial Ltda. Recorrido: Celso Santos. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13 nov. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.040.606 - ES**. Recorrente: Construtora Sa Cavalcante Ltda. Recorrido: Tania Maria Sgaria Comarella. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 953.389 - SP**. Recorrente: Mega Rent a Car Ltda. Recorrido: Bayer S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 fev. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 150.420 - DF**. Recorrente: Marcon 22 Construções e Comércio de Mármore Ltda. Recorrido: BB Administradora de Cartões de Crédito S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 19 mar. de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 647.385 - SP**. Agravante: Tempo Distribuidora de Veículos Ltda. Agravado: Katia Regina Mendes Martins. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 02 mar. de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.328.235 - RJ**. Recorrente: Eneas Garcia Diniz. Recorrido: Albino dos Santos Martins e outro. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 04 jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.461.301 - MT**. Recorrente: Christopher Barry Ward. Recorrido: Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 jun. de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 13.948 - DF**. Impetrante: José Carlos da Cunha Peixoto. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 26 set. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11/06/16.

FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>> Acesso em 20 de maio de 2016

PORTUGAL. **Código Civil**. DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro de 1966. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/>> Acesso em 12 de junho de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70044429538**. Apelante: Jéssica Wanessa Ajala. Apelado: Comercial Paltzlaff. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 21 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70052979196**. Agravante: Dorval Ribeiro Neto. Agravado: Banco do Brasil S/A. Relator: Des. Glênio José Wasserstein Hekman. Porto Alegre, 22 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70023397326**. Agravante: D. F.. Agravado: A.P.A.. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 13 mar. de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70069382646**. Apelante: Lourdes Teixeira Urbano. Apelado: OI S/A. Relator: Des. Paulo Sergio Scarparo. Porto Alegre, 09 jun. de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70067292987**. Apelante: R.J.T.C. Apelado: P.H.T.C. Relator: Ivan Leomar Bruschel. Porto Alegre, 05 mai. de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16

RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais. **Recurso Inominado nº 71000519215**. Recorrente: Marni Antonia Sandri Kruger. Recorrido: Vera Cruz Seguradora S/A. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 09 jul. de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70010323012**. Agravante: Elvira Colloda Bett. Agravado: Eneo Santos Pereira. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 22 nov. de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11/06/16