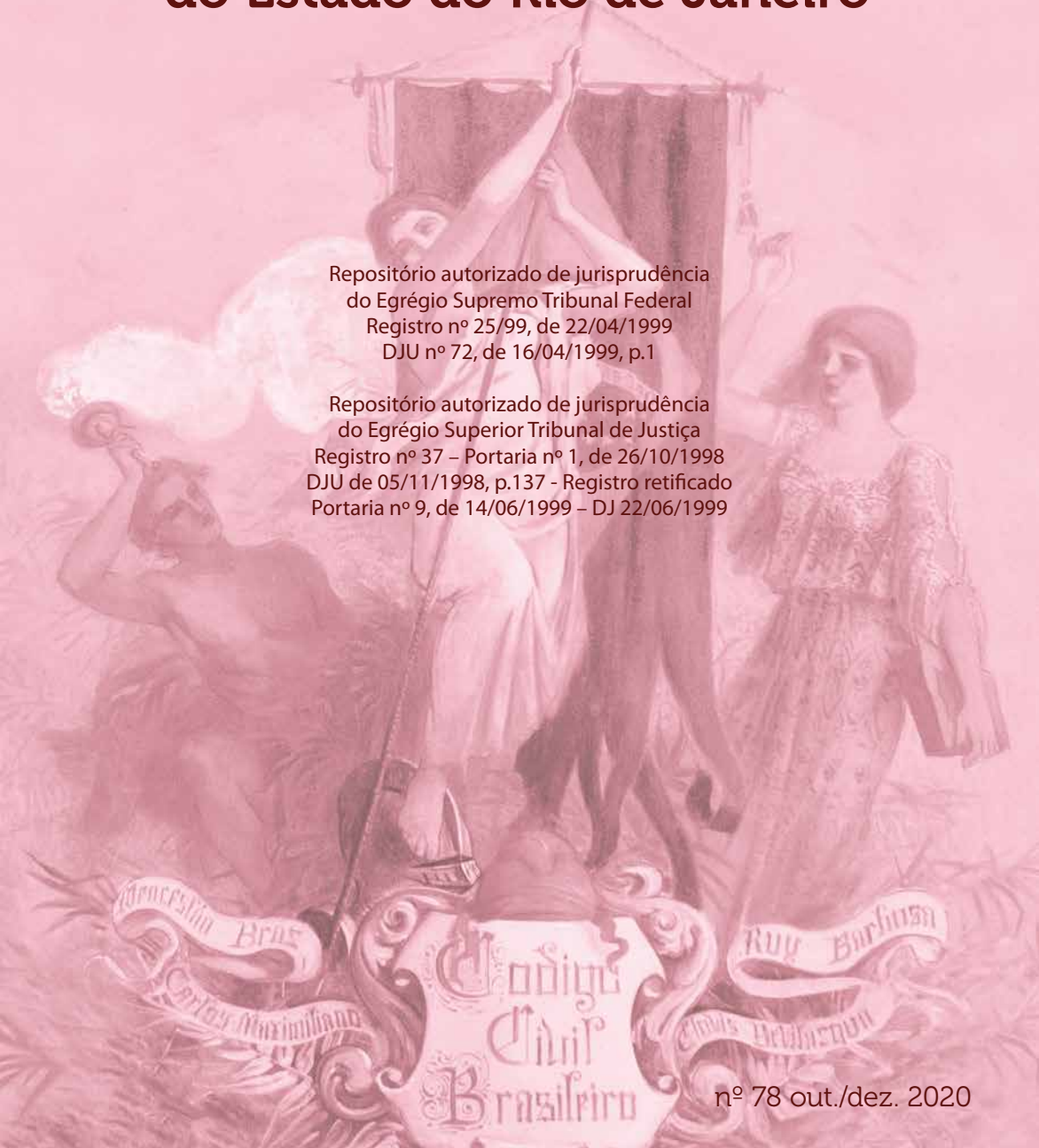


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



nº 78 out./dez. 2020

***Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro¹**

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. Do direito romano à importância e utilidade atual do instituto. 2. Objeto do *pactum de non petendo*. Natureza processual ou material? 3. Promessa de não processar como convenção *ad tempus*. Inadmissibilidade do *pactum in perpetuum* ou por período maior que o prazo de prescrição. 4. Efeitos. Limitação à cobrança judicial. Criação de um impedimento processual temporário ou condicionado. 5. Formas de implementação da promessa de não processar. 6. O *pactum de non petendo* no direito brasileiro. 6.1. O acordo de não persecução penal. 6.2. Promessa de não processar na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. 6.3. *Pactum de non exequendo*. 7. Promessa de não postular: *pactum de non petendo* parcial. 7.1. Objeto: o direito de alegar em juízo. 7.2. Notas de direito estrangeiro: cláusulas de garantia autônoma e de não contestação. A cláusula *solve et repete* como negócio processual. 7.3. Promessas de não postular típicas no direito brasileiro. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O artigo discute a promessa de não processar e não postular no direito brasileiro. Investigando suas origens no *pactum de non petendo* no direito romano, enfrenta-se o debate sobre seu objeto, natureza e efeitos. Além disso, busca-se identificar a existência no direito positivo e na prática de promessas de não processar no sistema jurídico nacional.

¹ Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, liderado pelo autor e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9009555729002032>), um dos fundadores da ProcNet – “Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Cível e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0/>). Durante a fase de elaboração do texto, disponibilizamos uma versão manuscrita para debate na internet através do site www.academia.edu. Todos os comentários foram considerados na redação final, e agradecemos aos colegas que participaram das discussões.

* Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor Associado de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador da República. Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015), Kiel (2016 e 2017), Alemanha, e na Universidade Ritsumeikan, Quioto, Japão (2018). *Senior Lecturer* na *Peking University*, China (2019).

Abstract

The article discusses the covenant not to sue in Brazilian Law. Examining its origins in the *pactum de non petendo* in Roman Law, the paper approaches the debate on the object, nature and effects of such litigation agreement. The article also intends to identify the existence in statutory provisions and in practice, of covenants not to sue in the national legal system.

Palavras-chave: Promessa de não processar. Promessa de não postular. *Pactum de non petendo*.

Keywords: *Covenant not to sue. Pactum de non petendo.*

1. Introdução. Do direito romano à importância e utilidade atual do instituto

A promessa de não processar ou *pactum de non petendo* é um negócio jurídico processual dos mais antigos de que se tem conhecimento. Embora possa ser unilateral, é comum que seja um acordo, portanto bilateral: os convenientes se comprometem, por um prazo ou sob condição, a não ajuizar ações judiciais uns contra os outros.²

Existentes desde o direito romano,³ as promessas de não processar são conhecidas no direito estrangeiro atual. Na Europa, são teorizadas e praticadas há muito tempo.⁴ Na França, são também chamadas de “contratos de não oposição”.⁵ No *common law*, também existem previsões semelhantes. No direito norte-americano, há figura chamada de *covenant not to sue*, também praticada na Inglaterra,⁶ que, grosso modo, corresponde à promessa de não processar.⁷ Na África do Sul, o *pactum de non petendo* também tem aceitação jurisprudencial.⁸

² DE BENITO, Marco. I contratti processuali. Mimeografado, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/30444681/I_contratti_processuali. Acesso em: 22 jan. 2015, p.4.

³ Nesse sentido, DE CRISTOFARO, Giovanni. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*, n.III, 1996, p.369 ss. Para uma comparação do *pactum de non petendo* com outros institutos do direito romano, BÄHR, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Leipzig: Georg H. Wigand, 3ª ed., 1894, p. 91 ss.

⁴ Por todos, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 391 ss; MOUSSERON, Jean Marc; MOUSSERON, Pierre; RAYNARD, Jacques; SEUBE, Jean-Baptiste. *Technique contractuelle*. Paris: Lefebvre, 4ª ed., 2010, p. 654.

⁵ PHILIPPON, Pascal. *Le contrat de non-opposition*. Tese de doutorado: Universidade de Montpellier, 1996, *passim*. Nos contratos de seguro franceses, p. ex., são frequentes convenções pelas quais o segurado (*assureur*) abdica de seu direito de agir contra o terceiro responsável. Cf. GRIGNON, Philippe. *L'obligation de ne pas agir en justice*, in *Mélanges Christian Mouly*. Paris: Litec, t.I, 1998, p. 119.

⁶ *Ellermann Lines Ltd. v. Read* (1928) 2 K.B., p. 144, 151 ss. (C.A.).

⁷ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im Deutschen und im Deutschen internationalen Recht*. Ludwig-Maximilians-Universität: Tese de doutorado, Munique, 1967, p. 59 ss.

⁸ Na doutrina, VAN ZYL, Gideon Brand. *The theory of the judicial practice of South Africa*. Cape Town: Juta & Co., 4ª ed., 2013, p. 154.

Esta modalidade de negócio jurídico tornou-se renovado objeto de atenção de juristas brasileiros e estrangeiros em razão da ascensão dos acordos processuais em todo o mundo.

De fato, a tendência de dar às partes maior autonomia para promover o autorregramento das formalidades processuais permite que os próprios litigantes sejam protagonistas de seu destino no processo: se nada deliberarem, incide a regra legal, frequentemente impondo-lhes um procedimento rígido e ineficiente; todavia, se assim quiserem, dentro dos limites normativos do sistema, poderão as partes negociar para que seja aplicado um procedimento diferente, mais flexível, adaptado às suas necessidades, e, como se pretende, mais efetivo.

Na esteira desse movimento, o Código de Processo Civil de 2015 quis empoderar as partes para que assumam esse protagonismo na formatação e na condução do procedimento. Além de fomentar a autocomposição e prever um número muito acentuado de negócios processuais típicos, o CPC disciplinou ainda duas cláusulas gerais de negociação dos artigos 190 e 200. A partir desse permissivo, as partes não ficam mais presas ao que está expressamente previsto em lei; podem, pela sua criatividade, negociar outros aspectos do procedimento, antes ou após o surgimento do litígio, prévia ou incidentalmente ao processo judicial.

Nesse contexto, seria natural que, mais cedo ou mais tarde, a atenção da academia se voltasse ao *pactum de non petendo* também no Brasil. Algumas das raras vozes nesse tema têm sido a da professora Paula Costa e Silva, que escreveu substancioso ensaio na coletânea que organizamos sobre negócios jurídicos processuais,⁹ e Alberto Trigo, que publicou um ensaio na Revista de Processo¹⁰ e posteriormente sua dissertação de mestrado, defendida com sucesso na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, talvez a única monografia sobre o tema em língua portuguesa.¹¹

O tema tem enorme importância prática. A promessa de não processar tem sido constantemente incluída em contratos porque significa um verdadeiro “armistício” (como tem a ela informalmente se referido o professor Fredie Didier Jr.), permitindo o transcurso tranquilo da execução do contrato ou gerando tempo para renegociações ou adaptações do negócio jurídico. Ressalte-se ainda que a promessa de não processar não fere a inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV da Constituição) porque significa uma autorrestrrição voluntária, que os próprios titulares do direito ao acesso à justiça se impõem, em nome de outros objetivos negociais.

⁹ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2018.

¹⁰ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. *Revista de Processo*, ano 43, vol.280, jun., 2018, p. 19 ss.

¹¹ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2019 (há versão comercial intitulada *Promessa de não processar e não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Salvador: JusPodivm, 2020).

É verdade que, no mundo contemporâneo, as relações comerciais e econômicas exigem confiança no cumprimento dos contratos e avenças, o que poderia, numa primeira aproximação, revelar certa resistência aos tipos convencionais que pudessem levar à inexigibilidade, total ou parcial, de outras prestações. Não obstante, como nota Wagner, se a propositura da ação é um ato de liberdade, a exclusão convencional do exercício da pretensão em juízo deve ser admitida.¹² E a utilidade do pacto de não processar, também ele fruto da autonomia privada e baseado na possibilidade de todo indivíduo de dispor de seus direitos,¹³ reside também na “diminuição da intensidade da coercibilidade do dever de prestar”, que pode contribuir para a criação de condições psicológicas, motivacionais, verdadeiros incentivos para o cumprimento da prestação pelo devedor.

Ademais, o *pactum de non petendo* pode atuar como forma de gestão do risco do inadimplemento pois, a depender do conteúdo da promessa, a iniciativa e o impulso de agir na justiça – possíveis tanto para o credor como para o devedor – terão que ser estrategicamente avaliados em conjunto com outras formas não judiciais de cobrança e exigência do cumprimento do contrato.¹⁴

2. Objeto do *pactum de non petendo*. Natureza processual ou material?

Uma indagação seminal é: a promessa de não processar é ou não uma convenção de natureza processual? No direito romano, o instituto implicava efeitos no plano do direito material, adquirindo contornos de uma verdadeira causa de extinção da obrigação que se operava por meio de uma exceção processual (*ope exceptionis*).¹⁵ O *pactum de non petendo* era um contrato, equivalente em seus efeitos à remissão da dívida. Porém, “do pacto não resultava o surgimento de uma *obligatio* para o credor nem uma extinção da relação creditória; o devedor não podia fazer valer qualquer pretensão com fonte no pacto através de uma *actio*, mas poderia opor, na ação proposta pelo credor, em incumprimento do acordado, a *exceptio pacti*”.¹⁶

Já no séc. XIX, Josef Kohler – um dos *founding fathers* do tema das convenções processuais – sustentou a natureza material da promessa de não processar, pois esta teria como efeito transformar a dívida em uma obrigação natural.¹⁷ Salvatore Satta, sob outro ângulo, afirmou que o *pactum de non petendo* seria uma convenção sobre o direito subjetivo privado. Nessa linha, ao verificar que as partes tinham celebrado *pactum de non petendo*, o juiz deveria rejeitar a demanda no mérito, julgando-a

¹² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 440.

¹³ SOEHRING, Kay. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*. Berlin: Carl Heymanns, 1968, p. 42-48.

¹⁴ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. *Op. cit.*, p. 467.

¹⁵ Já no séc. XX, mas defendendo posição similar, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935, p. 94, 181-182.

¹⁶ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, *Op. cit.*, p. 459. A conclusão é praticamente a mesma de DE CRISTOFARO, Giovanni. *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*. *Op. cit.*, p. 370.

¹⁷ KOHLER, Josef. *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*. in *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894, p. 151.

improcedente.¹⁸ Outros autores, como Neuner, diziam que o *pactum de non petendo* refletia uma renúncia ao direito material, e se posteriormente houvesse pagamento voluntário do antigo devedor, este pagamento equivaleria a uma doação.¹⁹ Ruscello defendia que o *pactum* impede o credor de obter o adimplemento, e portanto seria uma promessa de não pedir a prestação, tendo função material.²⁰

Pois bem, fossem essas teses corretas, o *pactum de non petendo* teria natureza material. De outro lado, se a promessa de não processar deixasse intocado o direito substantivo, gerando impedimentos puramente processuais, estaríamos diante de uma convenção *processual*. Um ponto essencial do debate, por conseguinte, é saber qual o objeto da promessa de não processar.²¹

No seio dessa discussão sobre se o *pactum de non petendo* tem natureza material ou processual, cabe indagar se o objeto da promessa é o direito subjetivo, a pretensão de direito material, a pretensão de direito processual, o direito de ação ou apenas um específico instrumento (ou remédio) processual.

A questão não é de simples resolução, e a confusão terminológica na doutrina europeia não auxilia a correta compreensão do fenômeno. Tratar-se-ia de um *pactum de non litigando*, de uma renúncia ao direito de ação, renúncia à exigibilidade do direito material, uma promessa de não exercício de um direito, afinal, qual o objeto dessa disposição?²² E investigar a resposta a respeito do objeto pode auxiliar a conclusão sobre sua natureza do instituto.

Veja-se que o tema se relaciona com conceitos básicos da teoria do processo (ação, pretensão, acionabilidade)²³ e da teoria dos negócios jurídicos (tangencia sobretudo os efeitos dos negócios jurídicos que atingem a exigibilidade do direito).²⁴ Ao fim e ao cabo, o debate remete às eternas discussões sobre as relações entre direito material e direito processual, que sofrem um intenso rearranjo em razão da evolução da negociação sobre o processo.²⁵ Schlosser, p. ex., sustenta que não haveria diferença prática entre a mera exclusão da ação em juízo e uma obrigação natural, apenas uma escalada de atos de disposição.²⁶

¹⁸ SATTÀ, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931, p. 51-52.

¹⁹ NEUNER, Robert. *Privatrecht und Prozeßrecht*. Mannheim: Bensheimer, 1925, p. 108-109.

²⁰ RUSCELLO, Francesco. "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, nº 2, 1976, p. 199-200. Mais recentemente, defendeu a natureza material do *pactum de non petendo* SILVA, Paula Costa em *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 43-44, 48.

²¹ Sobre o tema, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 394 ss.

²² O problema da imprecisão terminológica já foi apontado na literatura italiana. Confira-se, por todos, DE CRISTOFARO, Giovanni. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Op. cit.*, p. 368.

²³ Wagner coloca o tema no contexto mais amplo dos acordos processuais sobre a ação, que teriam como objeto a "acionabilidade" (*Klagbarkeit*), e, portanto, teriam natureza processual. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 408-413, 437-438. Não obstante, atribui ao *pactum de non petendo* uma natureza híbrida, com efeitos materiais, o que, como se verá, não é nossa posição.

²⁴ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, *Op. cit.*, p. 458.

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018, p. 242-243.

²⁶ SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 67.

No meu modo de enxergar o fenômeno, deve-se afirmar a natureza processual do *pactum de non petendo*.²⁷ Trata-se de um acordo cujo objeto relaciona-se com a *exigibilidade* do direito, portanto com a pretensão. De fato, não se pode confundir a existência de uma situação jurídica com seu exercício. Porém, há diversas formas de exercer uma situação jurídica de vantagem, e também de exigí-la. E, se a acionabilidade é o ajuizamento de pretensões *perante órgão jurisdicional* (Judiciário ou arbitral), a promessa de não processar limita-se à pretensão *processual*.²⁸ Por meio do *pactum de non petendo*, os acordantes comprometem-se a não exigir *em sede jurisdicional* o cumprimento do contrato (seja no juízo estatal ou arbitral).²⁹ A promessa de não processar não interfere em nada no direito material, não tem efeitos de remissão de dívida,³⁰ não impacta a pretensão material (art.189 do CC), portanto tampouco pode ser assemelhada à obrigação natural.³¹ As partes continuam podendo exercer seus direitos (e exigí-los) fora do processo, utilizando-se de outras formas de cobrança e pressão para o pagamento.³²

Lembremos que existem vários meios que o sistema jurídico atribui aos titulares de um direito para pretenderem impor sua implementação. Essas maneiras de implementar uma situação de vantagem ganham forma, em concreto, pela atuação

²⁷ No sentido de não ter efeitos no direito material, GRIGNON, Philippe. L'obligation de ne pas agir en justice. *Op. cit.*, p. 124, 128-129.

²⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. Die Unverwirksamkeit der Klagebefugnis. *Zeitschrift für Zivilprozess*, ano 75, nº 6, dez., 1962, p. 391, 394.

²⁹ Neste sentido, ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. Universidade de Cagliari: Tese de doutorado, 2015, p. 102-103.

³⁰ A distinção entre remissão e o *pactum de non petendo* que havia acabado no direito romano, foi retomada na pandectística alemã ao interpretar o *Erlass* ou *Erlassvertrag*, conhecido na Suíça como *Entsagung*. Alguns autores distinguem efeitos materiais e processuais da remissão: haveria um efeito orientado à extinção da obrigação, e outros que preservariam o crédito, mas obrigariam o credor a não o exercer em juízo. Sobre o tema, negando a equivalência do *pactum de non petendo* com a remissão, RUSCELLO, Francesco. "*Pactum de non petendo*" e *vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*. *Op. cit.*, p. 203, 208. À luz do direito brasileiro, a remissão, de fato, pode ser diferenciada do *pactum de non petendo* em diversos aspectos. Como extingue a obrigação, a remissão termina também as garantias acessórias (a promessa de não processar não interfere nas garantias acessórias, tenham ou não sido prestadas por terceiro). Além disso, se houver pagamento espontâneo após a remissão, a hipótese é de repetição de indébito; se o devedor paga após celebrar um *pactum de non petendo*, a obrigação era devida, e, portanto, não há "indébito" e nada deve ser restituído. Por fim, em havendo solidariedade, firmado *pactum de non petendo* com apenas um dos devedores solidários, o credor pode cobrar a dívida integralmente dos demais (a promessa de não processar só o impedia de mover a cobrança judicial em face do conveniente).

³¹ Na Alemanha, Hans Reichel diferencia as "pretensões não acionáveis" das obrigações naturais. Estas, para ele, são incoercíveis, e, portanto, seriam "não pretensões" (*Nichtansprüche*). Falta-lhes algo no plano do direito material, não a acionabilidade. Na obrigação natural, o sistema atribui um contradireito ao devedor, de modo que a pretensão não pode ser exercida contra sua vontade, judicial ou extrajudicialmente. Mas aqui, a impossibilidade de fazer valer a pretensão é uma consequência de um problema que está no plano do direito material. REICHEL, Hans. *Unklagbare Ansprüche. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol.59, 1911, p. 425 ss.

³² Inclusive formas de autotutela ou autoexecutoriedade das prestações. Gerhard Wagner, falando sobre os acordos processuais que dispõem sobre a ação, chama atenção para o ponto. Cf. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 398-399. Claro que tudo vai depender da redação do acordo, a fim de que se possa corretamente interpretar o objeto da disposição. As partes podem convencionar a exclusão de qualquer meio de efetivação da pretensão, incluindo os meios extrajudiciais, e aí de fato o *pactum de non petendo* configuraria uma disposição sobre a pretensão material. Mas se a exclusão abrange, como sói acontecer, apenas a via judicial, os efeitos são puramente processuais, incidentes sobre a pretensão de direito processual. Correto, NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluss der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 47-49.

dos interessados. E os interessados podem fazê-lo judicial ou extrajudicialmente. Mas a pretensão material não muda, nem diminui sua abrangência, dependendo da forma utilizada para implementar o interesse.³³ Por isso, o fato de o interessado se utilizar de meios judiciais ou extrajudiciais para fazer valer a pretensão é um dado que não toca o direito material ou a pretensão material.³⁴

3. Promessa de não processar como convenção *ad tempus*. Inadmissibilidade do *pactum in perpetuum* ou por período maior que o prazo de prescrição

Entendo ainda que, justamente por seu caráter processual, a promessa de não processar não pode escamotear uma renúncia ao direito material. Por isso, o *pactum de non petendo* tem que ser limitado temporalmente (é um acordo *ad tempus*),³⁵ não podendo ser convenicionado por período que extrapole o prazo prescricional ou decadencial,³⁶ o que equivaleria a produzir uma obrigação natural. Tampouco é admissível a promessa de não processar eterna (*pactum in perpetuum*).³⁷ Não nego a possibilidade de que as partes perdoem a dívida (remissão, art.385 do CC) ou negociem sobre a prescrição ou sobre a decadência, podendo renunciar a elas, o que é autorizado pelos artigos 191, 192, 202, VI, 211, todos do Código Civil. Porém, devem fazê-lo na forma e com os requisitos e pressupostos para uma disposição a respeito do direito material, como p. ex., a disponibilidade dos direitos materiais subjacentes. Admitir que tais efeitos sejam produzidos por meio de um *pactum de non petendo* perpétuo pode a meu juízo incentivar o uso abusivo da promessa de não processar como forma de esconder uma disposição sobre a pretensão de direito material ou acerca do próprio direito subjetivo.

³³ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...* Op. cit., p. 2-3, 29. Sobre o tema, veja-se ainda REICHEL, Hans. *Unklagbare Ansprüche. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 59, 1911, p. 409-416.

³⁴ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...* Op. cit., p. 3-4.

³⁵ DE BENITO, Marco. *I contratti processuali*. Op. cit., p. 4; SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Op. cit., p. 68-69.

³⁶ Assim já havíamos nos manifestado em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 387. Não concordo que os efeitos do *pactum de non petendo* a termo seriam idênticos àqueles da dilação do termo *ad quem* para o devedor prestar (a *Stundung* do direito alemão). Confira-se a discussão em DE CRISTOFARO, Giovanni. *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*. Op. cit., p. 376; WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*. Op. cit., p. 396-397, 416-419. Lembro que, pelo *pactum de non petendo*, o conveniente promete não cobrar a pretensão *em juízo*, reservando-se meios extrajudiciais de cobrança. Assim, não corresponde a uma purga de mora, novação ou extensão de prazo para prestar, que fariam com que se alterassem aspectos materiais da obrigação.

³⁷ Neste ponto, discordo de TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Op. cit., p. 72-85. De fato, em certos países, permite-se não apenas que se prometa não ajuizar durante um certo tempo ou até a ocorrência de um determinado evento (condicionado), mas também a promessa de não ajuizar a ação jamais. É o que acontece na África do Sul. Confira-se o precedente *Roux v. Executors of Roos*, do ano de 1847, que parece ser o *leading case* naquele país.

4. Efeitos. Limitação à cobrança judicial. Criação de um impedimento processual temporário ou condicionado

Da natureza processual do *pactum de non petendo*, e da conclusão que seu objeto se limita à pretensão processual, somos levados a outro ponto importante: os efeitos da promessa de não processar. Se não tem efeitos no plano do direito material ou sobre a pretensão de direito material, vê-se que o efeito precípuo do *pactum de non petendo* é gerar para o promitente uma obrigação de não agir *perante o Judiciário*. Vale dizer, nada impede que os convenientes promovam cobranças extrajudiciais.³⁸ As partes podem, p. ex., promover a inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes (art.782 §3º do CPC), mesmo que exista promessa de não ajuizar a ação de cobrança; podem ainda protestar a sentença (art. 517 do CPC) mesmo que tenham prometido não executar.³⁹

Na óptica do juiz, ao controlar a admissibilidade da demanda ajuizada contrariamente à disposição do *pactum de non petendo*, deve o magistrado proferir uma decisão sem julgamento do mérito,⁴⁰ e indeferir a inicial porque violadora da convenção, já que o acordo cria negocialmente um pressuposto processual negativo.⁴¹

Sob outro ângulo, entre as classificações das convenções processuais, a promessa de não processar corresponde a uma convenção processual de natureza obrigacional: as partes deliberam sobre suas prerrogativas de agir em juízo, ou seja, trata-se de um acordo sobre uma situação jurídica.⁴² Mais especificamente, a promessa de não processar gera uma obrigação de *não agir*, isto é, uma prestação de *não fazer* consistente em abster-se de ajuizar uma demanda judicial. Abrange também a proibição de reconvir,⁴³ formular pedido contraposto ou exigir algum contradireito correlato (o *pactum* proíbe a demanda exercitada também em defesa, portanto).

Produz-se, portanto, um impedimento *processual*, que, como vimos, será *temporário*. No entanto, a promessa de não processar, a depender de seu conteúdo, pode gerar também um impedimento processual *condicionado* (como nas convenções que obrigam à utilização de meios alternativos/adequados de solução de controvérsia antes do ajuizamento da ação no Judiciário, como nos casos das “cláusulas de paz” ou cláusulas “escalonadas”, ou ainda exigências de que se expeça notificação extrajudicial antes do ajuizamento).⁴⁴ Nesses casos, o que se verifica é uma condição negocial

³⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis*. *Op. cit.*, p. 387.

³⁹ A obrigação contratual de não cobrar *judicialmente* um direito não obriga ao não exercício de fato do direito. HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p. 61 ss.

⁴⁰ REICHEL, Hans. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 60, 1912, p. 75 ss.

⁴¹ Ressalte-se que a negociabilidade sobre o processo permite a criação convencional de obstáculos ao exercício da ação. Para o direito português, em lição plenamente aplicável ao Brasil, Paula Costa e Silva argumenta que a previsão legal de pressupostos processuais deve ser compreendida apenas como enumerativa, podendo ser ampliada por negócio jurídico. SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, *Op. cit.*, p. 468.

⁴² Correto, no ponto, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 438-439.

⁴³ GRIGNON, Philippe. *L'obligation de ne pas agir en justice*. *Op. cit.*, p. 128-129.

⁴⁴ Sobre as cláusulas escalonadas, KERN, Christoph A. Multinational Rules and Systems of Dispute Resolution in an Era of Global Economy. *In: Challenges for Civil Justice as We Move Beyond Globalization and Technical*

ao exercício da ação: nas cláusulas mais comumente estabelecidas na prática, o conveniente promete submeter-se a um procedimento prévio de autocomposição (p. ex., mediação) antes de ajuizar a ação em juízo.

Uma observação digna de nota é que, por ser uma convenção processual do grupo daquelas denominadas “obrigacionais”, não há conhecimento de ofício pelo juiz.⁴⁵ A violação à vedação convencional da acionabilidade gera uma *exceção processual*, e só pode ser conhecida por provocação do interessado (*exceptio pacti conventi*).⁴⁶

Seria, ademais, equivocado pensar que há interesses públicos subjacentes, que levariam à cognoscibilidade de ofício do acordo. Se, por um lado, o Estado deve garantir meios para satisfação dos direitos (e das pretensões), esses meios não precisam ser necessariamente judiciais. A utilização de meios judiciais ou extrajudiciais (ou ambos) para efetivar sua pretensão é algo que se coloca no âmbito de disposição do indivíduo, que pode autolimitar suas prerrogativas de implementação.⁴⁷

Muitos problemas da utilização das promessas de não processar na prática poderiam ser levantados, e os efeitos que daí possam extrair têm grande relevância no tráfego das relações contratuais. Um deles é o custo do processo iniciado com infringência ao pactuado entre os convenientes: parece óbvio que aquele que tiver se comprometido a não discutir judicialmente deva ser chamado a suportar os ônus financeiros da litigância instaurada com violação ao *pactum de non petendo*, inclusive os honorários de advogado fixados judicialmente.⁴⁸⁻⁴⁹

5. Formas de implementação da promessa de não processar

Outro ponto que merece reflexão são as formas de implementação do *pactum de non petendo*. Tratei das variadas maneiras para dar cumprimento aos negócios jurídicos processuais em trabalho mais amplo, não havendo espaço, em um estudo de menores proporções, para retomar toda a discussão.⁵⁰

Change – XVI IAPL Congress on Procedural Law, Kobe, Japão, 2019, p. 81-82. Sobre as cláusulas de paz, existe muita bibliografia no direito francês. Por todos, CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, vol. 160, 2008, versão eletrônica, item 8. No Brasil, TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. *Op. cit.*, p. 103 ss.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 79-82, 275-281.

⁴⁶ Sobre o debate a respeito da cognoscibilidade de ofício da promessa de não processar, confira-se NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 17 ss., 44-46, 49.

⁴⁷ Correio NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 29-31, 37.

⁴⁸ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 428. As regras de causalidade, consagradas no art.85 do CPC brasileiro, podem resolver bem a questão.

⁴⁹ Na Rússia, discutiu-se recentemente se uma pessoa que não participou da litigância (terceiro) poderia cobrar esses custos. Trata-se do caso TKG-9 contra o órgão regional permanente do Serviço Federal Antitruste, nº14592/11, apreciado pelo *Presidium* da Suprema Corte Comercial, j. 07.06.2012, anotado por Alexander Vereshchagin na *International Journal of Procedural Law*, vol. 3, nº 2, 2013.

⁵⁰ De fato, no meu livro a respeito, abordo as possibilidades de dar cumprimento à convenção processual no processo primário, onde destinada a produzir efeitos, ou mesmo se utilizar de um segundo processo para forçar ao adimplemento. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 270 ss.

Basta registrar aqui que é possível que o juiz dê cumprimento ao *pactum de non petendo* simplesmente pronunciando a inadmissibilidade da demanda, i.e., rejeitando-a liminarmente (lembrando-se que, como não pode conhecer de ofício, a rejeição liminar depende de alegação do adversário).

Mais polêmica seria a possibilidade de utilizar um outro processo instaurado especificamente para impor o cumprimento da promessa de não processar. Isso porque tradicionalmente se pensava que o *pactum de non petendo* gerava para o conveniente uma obrigação de não fazer, e a contraparte seria titular de uma pretensão para exigir uma conduta omissiva (*Unterlassungsanspruch*), considerada insusceptível de execução específica. Não podendo cobrar a prestação *in natura*, restaria ao beneficiário apenas uma ação indenizatória em caso de descumprimento.

Ora, tal concepção retirava qualquer utilidade prática do *pactum de non petendo*, e não se coaduna com o direito contemporâneo, que tem clara preferência pela tutela específica, podendo o juiz determinar as providências que assegurem a obtenção daquele resultado prático pactuado (art.497 do CPC). Por isso, não é de se excluir a possibilidade de que o interessado se valha de ações de natureza inibitória (art. 497, parágrafo único, do CPC) para evitar preventivamente o ajuizamento da pretensão, algo similar às *anti-suit injunctions* (conhecidas na arbitragem) para evitar a propositura da demanda perante o juízo estatal.

6. O *pactum de non petendo* no direito brasileiro

6.1. O acordo de não persecução penal

Como se sabe, o autorizativo legal da celebração de acordos de colaboração premiada, na forma da Lei nº 12.850/13, instituiu uma nova era no sistema jurídico brasileiro, voltada para um processo penal consensual e negociado. A colaboração premiada é um negócio jurídico⁵¹ – para alguns um verdadeiro contrato⁵² – que permite que os envolvidos negociem diversos aspectos do direito material penal e do procedimento criminal atual e futuro.⁵³

⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018, p. 53-54.

⁵² DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.192.

⁵³ Sobre a negociação que tem por objeto o processo penal, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.149 ss. Thiago Bottino defende uma posição bem restritiva a respeito da colaboração premiada (focando, é verdade, mais em aspectos relacionados ao direito do que ao processo). Confira-se BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.122, set-out, 2016, p.359 ss.

Por isso, não é correto afirmar que a colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico *processual*, como se tem constantemente referido na doutrina do processo penal. Essa definição baseou-se em acórdão do STF que assim caracterizou o acordo de colaboração premiada,⁵⁴ e foi positivada no art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019. Que a colaboração premiada é um negócio jurídico, não há qualquer dúvida; porém, no mesmo instrumento negocial, a colaboração pode ter disposições acerca do direito material (p. ex. aquelas sobre as penas e regimes de cumprimento) e do processo penal.⁵⁵ De fato, muitos são os negócios processuais possíveis e que vêm sendo estabelecidos na prática: as partes deliberam sobre seu direito ao recurso, ao silêncio, comprometem-se a apresentar provas, a (não) recorrer ou (não) alegar certas questões.

E um dos acordos processuais mais importantes, nesse cenário, é um *pactum de non petendo*. Aliás, curioso que foi na legislação do processo penal que primeiro se previu uma promessa de não processar *típica*: o acordo de não persecução penal, disciplinado inicialmente no art. 4º § 4º da Lei nº 12.850/13⁵⁶ e regulamentado na resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Atualmente, o acordo de não persecução penal está previsto em termos genéricos no art. 28-A do Código de Processo Penal, e também no art. 1º § 3º da Lei nº 8.038/90 (para os crimes praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função da competência originária do STF e do STJ), ambos incluídos pela Lei nº 13.964/2019.

O acordo de não persecução penal, chamado por alguns de “acordo de imunidade”,⁵⁷ é o negócio jurídico processual por meio do qual o Ministério Público promete não ajuizar a pretensão punitiva em juízo em desfavor do colaborador em troca de sua colaboração.

O CPP, em seu art. 28-A, prevê como cabível o acordo de não persecução se a infração penal foi cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, se o colaborador reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (exceto na impossibilidade de fazê-lo), e se ele renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Ainda se exige que o colaborador preste serviço à comunidade e pague prestação pecuniária. Não será cabível o acordo se o para o crime for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; e se o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou

⁵⁴ STF – HC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, j.27.08.2015.

⁵⁵ Correto MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *Op. cit.*, p.54-55.

⁵⁶ Os acordos de não persecução já estavam previstos na Convenção das Nações unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, decreto n.5.015/2004, art.26, n.3) e na Convenção das Nações unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, decreto n.5.687/2006, art.37, n.3), ambas incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁷ A nomenclatura “acordos de imunidade” é inspirada claramente nos ordenamentos jurídicos do *common law*, e foi a redação das Convenções de Palermo e Mérida.

suspensão condicional do processo. Também não será cabível acordo de não persecução penal em favor do agressor nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

A lei de organização criminosa também estabelece algumas restrições para este acordo (art. 4º § 4º): (i) o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa; e (ii) o colaborador tem que ter sido o primeiro a tomar a iniciativa de celebrar a convenção e colaborar com os órgãos de investigação.

As alterações promovidas na Lei nº 12.850/2013 pela Lei nº 13.964/2019 acrescentaram ainda outra possibilidade de promessa de não processar, que é o acordo para o não ajuizamento de medidas cautelares na pendência das negociações para celebração de colaboração premiada, previsto no art. 3º-B § 3º.

Há um intenso debate, na doutrina do processo penal, acerca do instituto, seus limites e possibilidades. Houve ainda ajuizamento de pelo menos duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a resolução do CNMP que regulamentou a promessa de não processar criminalmente, que ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁸ Provavelmente, pela regulação ampla da 13.964/2019, é possível que algumas questões polêmicas sejam pacificadas, e outras muitas se apresentem na doutrina e jurisprudência. O tema, portanto, ainda está em construção e sua reflexão acadêmica ainda não adquiriu um ponto de maturidade ideal. Aqui queremos apenas chamar a atenção para o fato de que existem no nosso sistema jurídico, hipóteses típicas de promessa de não processar, e uma delas é o acordo de não persecução penal.

6.2. Promessa de não processar na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível

Também devemos registrar aqui a possibilidade de negociação em improbidade administrativa.

O tema era polêmico diante da vedação do art. 17 § 1º da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária, que restringia as possibilidades de transação ou acordos em matéria de improbidade administrativa. A respeito, a doutrina sempre se dividiu. A partir dessa base normativa, muitos identificavam uma total impossibilidade de celebração de acordos em ações de improbidade administrativa.⁵⁹

Esse entendimento, *data venia*, passou a ser insustentável à luz das inúmeras modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu desde então. De fato, a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa. A admissão dos contratos de direito público advém da necessidade de enxergar o “público” como passível de ser objeto de uma convenção, algo que já deixou de ser um tabu, p. ex., no campo das relações

⁵⁸ Trata-se das ADins 5790, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e 5793, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

⁵⁹ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009, p. 173-174.

administrativas, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade.⁶⁰

Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in) disponibilidade e, em alguma medida, mesmo as regras estabelecidas no interesse público podem ser flexibilizadas.

E, se no direito e no processo administrativo há muito tempo assim se compreende, no processo instaurado para resolvê-los não deveria ser diferente. Lembremos outros exemplos de flexibilização e disposição de interesses públicos na arbitrabilidade de conflitos da Fazenda Pública (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96),⁶¹ na conciliação em causas do Estado (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), na ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/2002; art. 7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), entre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Sendo a ação de improbidade uma espécie de ação coletiva, devemos recordar que há muito tempo existem possibilidades legisladas de disposição sobre os direitos coletivos, todas estabelecendo uma margem de negociação, sendo exemplo o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985), o termo de compromisso (art. 11, § 5º da Lei nº 6.385/76; art. 14 da Lei nº 13.506/2017), o acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), o compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), os acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo BACEN (art. 30 da Lei nº 13.506/2017) e o compromisso de certificação do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei nº 13.655/2018.

Ora, se todas essas normas abrem espaço para negociação sobre o próprio direito material, por que não se poderia reconhecer que o processo judicial para debater tais questões deveria ser também negociável?

De outro lado, a lei de improbidade administrativa foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá pra cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como

⁶⁰ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol. II, 6ª ed., 2000, p. 200 ss., 210 ss.; GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 57, 2009, p. 255-299; TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958, p. 297-299; CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration, In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006, p. 474, 476.

⁶¹ Dispositivo alterado pela Lei nº 13.129/2015. Antes de sua previsão legal, essa já era a concepção doutrinária mais difundida, desde que não se trate dos chamados "atos de império", em que o Estado atua soberanamente, que digam respeito ao "interesse público primário", ou ainda firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista, em regime privado. Sobre o tema, ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr.-jun., 2012, p. 307-319.

vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado aqui e ali de “incidência múltipla”, uma mesma conduta atrairá a incidência de normas penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regimes processuais.⁶² Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria de fato curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionaada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por este motivo, muitos autores, enxergando esta incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei nº 8.429/92, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa.⁶³ E esta possibilidade parecia-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito.⁶⁴ A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com o da Lei nº 8.429/92.⁶⁵ Não fazia sentido que a pessoa jurídica beneficiária do ato de improbidade pudesse negociar a respeito, mas o agente público ímprobo não possa, até porque se trata do mesmo fato. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção por ambas as leis denotava, outra vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.⁶⁶

E essa tendência encontrou eco na jurisprudência e na legislação.

O STF passou a admitir acordos em improbidade administrativa, não só sobre o processo, mas também sobre as sanções do art.12 da Lei nº 8.429/92, e essa possibilidade foi regulamentada no art. 1º § 2º da resolução no 179/2017 do Conselho

⁶² Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol. 105, 2009, p. 33 ss.

⁶³ Corretos GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012, p. 317 ss.

⁶⁴ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 263 ss.

⁶⁵ Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei nº 12.846/13, mas suas sanções podem ser cumuladas. Neste sentido, com razão, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 291 ss, 310 ss. Além do mais, pelo arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/92, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas. NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Op. cit., p. 36 ss.

⁶⁶ Já defendemos essa evolução em CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 546 ss., no sentido da revogação tácita do §1º do art.17 da Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), um dispositivo que não cabe mais no sistema brasileiro. Nossa posição ganhou a adesão de BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 85 ss.; MELLO, Gláucia Rodrigues T. de Oliveira. Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 72, abr.-jun., 2019, p. 105 ss.

Nacional do Ministério Público, que permite a celebração de TAC em matéria de improbidade administrativa.

E a Lei nº 13.964/19 deu o último passo nessa trajetória, reescreveu o art.17 da Lei nº 8.429/92, prevendo expressamente o “acordo de não persecução cível”. Trata-se de um negócio jurídico que pode, em um mesmo instrumento, reunir disposições sobre o direito material (as sanções do art. 12) ou sobre o processo judicial atual ou futuro. E uma convenção processual em ações de improbidade que tem sido muito praticada já hoje, e tende a ser cada vez mais comum pela previsão do acordo de não persecução cível, é justamente o *pactum de non petendo*, possibilitando ao autor prometer não ajuizar a ação de improbidade, ou não ajuizar pretensões de específica natureza, como p. ex., excluir a pretensão à condenação do convenente nas sanções do art. 12, reservando-se outros tipos de pretensão, como a declaratória ou inibitória.

O Presidente da República sancionou a Lei nº 13.964/19 com vetos. Um deles permitia expressamente a celebração de acordo de não persecução cível incidental à tramitação de ação de improbidade. O veto – e a interpretação histórica da lei, que pode derivar da leitura das suas razões – poderia levar ao questionamento acerca da viabilidade de acordos processuais na pendência da ação judicial. Em meu entendimento, a ausência de previsão expressa não pode ser compreendida como vedação. Se estamos trabalhando no campo dos atos de disposição, não faz sentido que a parte tenha a possibilidade de negociar antes do ajuizamento da ação, mas uma vez proposta a demanda, tenha uma *capitis diminutio* em sua capacidade negocial.

De outro lado, é equivocada a premissa de que, uma vez ajuizada a ação, o acordo de não persecução jamais atenderia o interesse público. Parece claro que, se a negociação não avançou antes do processo, a ação é proposta e só depois se chega a um acordo, é totalmente viável que se alcance um resultado ótimo pela solução consensual e negociada. O momento em que celebrado o negócio jurídico – se antes ou depois do ajuizamento – não é um fator determinante para se concluir que o interesse público está ou não sendo atendido.

Por tudo isso, entendo plenamente possível a celebração de acordo de não persecução cível no curso de ação de improbidade, em especial se estamos falando de convenções processuais.⁶⁷

⁶⁷ Outros vetos presidenciais diziam respeito a algumas condicionantes expressas que o Congresso Nacional quis atribuir à negociação em improbidade administrativa, que exigiam integral ressarcimento do dano, reversão dos valores à pessoa jurídica lesada, pagamento de multa em valor de até 20% do valor do dano ou vantagem ilícita auferida. Sem essa previsão (em razão do veto), abre-se maior discricionariedade para os convenentes. Pode-se, p. ex., destinar valores a outras pessoas jurídicas (entidades beneficentes) que não a lesada, estabelecer multas em patamar maior. Por outro lado, alguns fatores que deveriam ser levados em consideração na celebração do acordo foram também vetados, e envolviam a personalidade e situação econômica do agente, as vantagens para o interesse público, a natureza, gravidade e repercussão do ato de improbidade. Embora não constem expressamente da lei, nada impede que sejam elementos para nortear e balizar a negociação, ainda que não sejam os únicos fatores a serem considerados.

6.3. Pactum de non exequendo

Deve-se lembrar também a promessa de não ajuizar a pretensão executiva, o *pactum de non exequendo*, uma das espécies mais úteis de *pactum de non petendo*,⁶⁸ que se coloca no quadro da negociação processual sobre o cumprimento de sentença e a execução civil, uma visível tendência aqui e no estrangeiro.⁶⁹

O *pactum de non exequendo* é o negócio executivo pelo qual o credor ou um legitimado extraordinário compromete-se a não requerer a execução de um título executivo.⁷⁰ É uma hipótese específica de *pactum de non petendo*,⁷¹ que tem por objeto a pretensão executiva.⁷² As partes podem prometer não executar mas preservar a pretensão cognitiva, o que é possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva.

O pacto de não execução deve ser temporário ou sob condição, já tendo sido admitidas no estrangeiro exclusões da execução por um certo tempo⁷³ ou até uma data certa.⁷⁴ Aceita-se ainda a exclusão somente da execução provisória (exigindo a coisa julgada).⁷⁵

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 275, jan., 2018, p. 204 ss.

⁶⁹ Sobre o tema, CABRAL, Antonio. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016, p. 297; HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, tomo II, 2019, p. 479 ss.

⁷⁰ CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015, p. 47.

⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1965, p. 107.

⁷² Não obstante, alguns autores, como Kohler, enxergavam que tal cláusula teria natureza material, importando renúncia ao direito de crédito e transformação da obrigação em obrigação natural. KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. *Op. cit.*, p.165: "Letztere Verträge über vollständigen Ausschluss der Execution geben über das prozessualische hinaus: sie brauchen den Anspruch civilistisch, sie machen hin reaktionsunfähig, sie machen hin zu einen naturalen Anspruch". Mais recentemente, SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. *Op. cit.*, p. 473 ss. Em meu entendimento, deve-se diferenciar o *pactum de non exequendo* da renúncia ao crédito. É que a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitoria, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação. Pode ainda, como dito, protestar a sentença (art. 517 do CPC) ou fazer inserir o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, pressionando-o ao adimplemento (art. 782, §3º, do CPC). Isso é possível porque os atos de disposição não devem representar necessariamente uma renúncia ampla a toda forma de acesso à justiça. Os titulares dos direitos podem dispor somente de um ou alguns meios para obter o adimplemento. Cf. CABRAL, Antonio. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Op. cit.*, p.301-302. Equivocado, no ponto, SCHREIBER, Klaus. Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977, p. 411.

⁷³ EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, out., 1969, p. 418.

⁷⁴ RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935, p. 7; JAUERNIG, Othmar; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: Beck, 2010, p. 5.

⁷⁵ SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971, p. 46 e 54; BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F.Wahlen, 1987, p. 109; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 16ª ed., 2004, p. 421.

Outra discussão sobre o *pactum de non exequendo* diz respeito à possibilidade de renunciar-se integralmente à execução sem que se possa prever o prejuízo decorrente desse ato de disposição. Sustentava-se que uma exclusão total da exequibilidade só seria possível se o título já existisse, e então se pudessem razoavelmente antecipar as consequências da renúncia.⁷⁶ Isso poderia levar à impossibilidade da promessa de não executar prévia. Porém, havendo previsibilidade e determinação, nada impede que se possa dispor sobre situações jurídicas processuais futuras.⁷⁷

7. Promessa de não postular: *pactum de non petendo* parcial

Alberto Trigo propôs a ideia de que a negociabilidade sobre o processo autorizaria os convenientes a dispor não apenas sobre o não ajuizamento de ações ou pretensões (que portanto, sequer seriam propostas), mas também poderia autorizar uma “promessa de não postular”, algo como um *pactum de non petendo* “parcial”, incidente apenas sobre algumas prerrogativas de alegar em juízo. Não se estaria aqui abrindo mão de ajuizar a ação, mas de invocar em juízo alguma alegação ou exceção específica.⁷⁸

Trata-se de interessante proposta do autor, que tem minha adesão. A promessa de não postular é um acordo processual pelo qual as partes abrem mão de certas alegações e exceções que passam a não ser proponíveis ou invocáveis durante o período aprazado.⁷⁹

7.1. Objeto: o direito de alegar em juízo

A convenção afeta, portanto, o direito de alegar (uma das prerrogativas do direito de expressão, um braço da garantia do contraditório). Não obstante tratar-se de importante direito fundamental processual, penso ser fora de dúvida que o exercício do contraditório é, em larga medida, renunciável,⁸⁰ tanto que o réu pode não contestar, tornando-se revel, e as partes podem decidir voluntariamente não apresentar certas alegações e exceções (materiais ou processuais). Aliás, a exceção processual, como se sabe, é uma alegação que condiciona o exercício da cognição judicial à atuação voluntária do interessado: sem iniciativa da parte, o juiz não pode conhecer daquela matéria. Se assim é, há evidentemente uma margem considerável de disponibilidade sobre as alegações, de modo que as partes podem atingir este mesmo efeito por um instrumento negocial bilateral como as convenções processuais.

⁷⁶ Assim, uma tal disposição ampla não seria possível antes da formação do título. Na jurisprudência alemã: BGH NJW 1955, 1556; BGH JZ 1955, 613; BGH NJW 1991, 2296. Sobre o tema, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. *Op. cit.*, p. 93 ss.; SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. *Op. cit.*, p. 62-63, 112 ss.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 83 ss.

⁷⁸ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. *Op. cit.*, p. 86 ss.; *Idem*, *Pactum de non petendo* parcial. *Op. cit.*, p. 27 ss.

⁷⁹ BESSONE, Mario. *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIX, 1965, p. 1065.

⁸⁰ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*. *Op. cit.*, p. 95-96.

7.2. Notas de direito estrangeiro: cláusulas de garantia autônoma e de não contestação. A cláusula *solve et repete* como negócio processual

Vemos que também as promessas de não alegar ou de não postular, embora praticamente ignoradas até este momento na literatura brasileira, já receberam atenção no direito comparado.

Na França, são conhecidas ainda as “cláusulas de não contestação”; as promessas de não alegar em juízo são comuns também em contratos envolvendo propriedade intelectual ou direito de imagem.⁸¹ Existem ainda disposições legais sobre referentes às chamadas “cláusulas de garantia autônoma”, também conhecidas como garantias “à première demande”.⁸² Para assegurar uma obrigação que pesa sobre um terceiro, o garante transfere uma quantia desde logo à contraparte, comprometendo-se a não alegar qualquer exceção ou opor qualquer objeção de qualquer natureza a respeito. São consideradas válidas como um substitutivo da caução, e atuam como um reforço convencional da fiança, excluindo a possibilidade do fiador de alegar exceções em relação à obrigação principal, salvo manifesto abuso por parte do beneficiário (art. 2.321 do Código Civil francês).⁸³ Essa convenção parece a mim ter relevantes efeitos processuais, de vedar as alegações do garante, restringindo o contraditório no processo; mas não afeta a existência do direito material, porque continua podendo haver ressarcimento àquele que pagou.⁸⁴

Na Itália, existe previsão legal expressa de cláusulas convencionais limitativas da proponibilidade de exceções no art. 1462 do Código Civil.⁸⁵ Entende-se por lá que muitas alegações, como aquelas de nulidade, são plenamente convencionáveis porque podem ser abandonadas em favor da pronúncia sobre o mérito.⁸⁶

Outro exemplo conhecido no direito privado europeu é a cláusula *solve et repete*, aquela que, encartada em um contrato de prestações correspectivas ou sinalagmáticas, prevê que uma parte deva adimplir sem opor exceções que poderiam ser alegadas para não cumprir a sua parcela da avença.⁸⁷ Essas convenções já foram retratadas

⁸¹ GRIGNON, Philippe. L'obligation de ne pas agir en justice. *Op. cit.*, p. 118.

⁸² CADJET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. In: *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, nº 3, 2008, p. 13-14 e nota 21.

⁸³ ANCEL, Pascal. L'encadrement de la jurisdiction par le contrat. In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire. *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. Paris: Economica, 2001, p. 11-12.

⁸⁴ ANCEL, Pascal. L'encadrement de la jurisdiction par le contrat, *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ SATTÀ, Salvatore. Accordo (diritto processuale civile). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958, p. 300. Veja-se o dispositivo: “Art. 1462. Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni. La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità (1418 e seguenti), di annullabilità (1425 e seguenti) e di rescissione (1447 e seguenti) del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se nel caso, una cauzione”.

⁸⁶ GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIV, nº 1, março, 2010, p. 239.

⁸⁷ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Il Foro Italiano, 1936, p. 46 ss.; GRECO, Paolo. La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 29, nº 3-4, 1931, p. 143; CARNELUTTI, Francesco. Clausola “solve et repete”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1936, p. 82; SELETTI, S. Il patto del “solve et repete” nei negozi privati. *Rivista di*

como uma renúncia à *exceptio non adimpleti contractus*,⁸⁸ embora seu objeto seja mais amplo, podendo configurar uma promessa de não invocar quaisquer outras alegações. Por exemplo, entende-se ainda que o conveniente poderia renunciar à alegação de direito de retenção.⁸⁹ Têm, portanto, natureza processual, representando uma disposição sobre alegações no curso de processos judiciais.⁹⁰

Por meio de convenções como esta, as partes regulam a dinâmica das alegações e exceções, limitando a cognição do juiz. As partes podem também *diferir* as exceções, remetendo-as para outros procedimentos futuros de litigância complementar (processo posterior para ressarcimento, repetição de indébito, parcelas complementares, cláusula penal).⁹¹ Pela vontade das partes, o resultado ao final do processo seria parecido com uma condenação com reserva das exceções diferidas, o que é passível de ser definido em um negócio jurídico porque se encontra na esfera de disponibilidade das partes definir o objeto do processo (princípio dispositivo).⁹²

Para alguns autores, a cláusula *solve et repete* seria inadmissível porque rompe a correlação entre ação e defesa, impedindo a parte de alegar em juízo, o que seria inaceitável por violar a ampla defesa,⁹³ matéria de ordem pública que seria, nessa óptica, insuscetível de negociação.⁹⁴ Haveria um problema de isonomia envolvido também, pois poderia favorecer sobremaneira um dos convenientes.⁹⁵

Não posso concordar com essa visão porque a convenção não impede o exercício da defesa. Primeiramente, deve-se lembrar que a cláusula *solve et repete* não elimina a possibilidade de alegar; apenas adia o exercício do contraditório para um momento posterior ao adimplemento. As matérias de defesa – como qualquer vício na prestação

Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, nº II, 1913, p. 977; PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 148: “Come è noto la clausola ‘solve et repete’, inserita in un contratto a prestazioni corrispettive, prevede che una delle due parti si assuma l’obbligo di adempiere alla prestazione senza che eventuali eccezioni possano essere da lei opposte per esimersi dall’adempimento, e che dette eventuali eccezioni potranno essere fatte valere successivamente soltanto per ripetere ciò che abbia indebitamente prestato”.

⁸⁸ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. *Op. cit.*, p. 149, nota 63.

⁸⁹ Confira-se GRECO, Paolo. *La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia*. *Op. cit.*, p. 150. Note-se que se trata de uma convenção de natureza processual, que resulta numa obrigação de não alegar que pode até ter por conteúdo uma exceção de natureza material.

⁹⁰ ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. *Op. cit.*, p. 109-111.

⁹¹ Chizzini já identificava a possibilidade de as partes definirem a cognição por negócio jurídico. CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Op. cit.*, p. 55, nota 45 e p. 56.

⁹² Digo que o resultado seria “parecido” porque, de fato, talvez não se deva falar em condenação com reserva porque, em razão da convenção das partes, o juiz simplesmente não pode conhecer da alegação remetida para o procedimento de litigância complementar. Veja-se a observação em CARNELUTTI, Francesco. *Cláusula “solve et repete”*. *Op. cit.*, p. 86.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVI, serie II, 1971, p. 626.

⁹⁴ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. *Op. cit.*, p. 46-47. LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1931, p. 247-250, levanta o caso do réu condenado porque não podia excepcionar, ainda que tivesse boas razões. Diante da condenação, a única solução seria posteriormente pedir a repetição de indébito, mas isso poderia encontrar obstáculo na coisa julgada. Veja-se ainda, do mesmo autor: LIEBMAN, Enrico Tullio. Variazioni intorno alla clausola “solve et repete” nei contratti. *Rivista di diritto e procedura civile*, 1931, II, p. 211-212.

⁹⁵ Destaca este ponto GRECO, Paolo. *La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia*. *Op. cit.*, p. 144.

do serviço, por exemplo – poderão ser suscitadas em outro momento ou em outro processo; somente se convencionou a alteração do momento para sua alegação.

Mas vou além: nem mesmo naquele processo onde destinadas a incidir seria correto afirmar que as cláusulas “paga e repete” maculam a ampla defesa, já que todas as demais faculdades defensivas, de alegação e produção de prova, são preservadas. A convenção disciplina apenas o “modo” de exercício dessa defesa, algo sem dúvida disponível para as partes. De fato, se nosso ordenamento admite arranhões ao contraditório e à ampla defesa (como as medidas *inaudita altera parte*, que são de contraditório postecipado), e atribui exclusivamente às partes a iniciativa de provocar a cognição sobre as exceções processuais, por que não admitir a convenção prévia a respeito, quando são as próprias partes que assim voluntariamente acordaram? Note-se que o Código traz uma convenção típica pela qual as partes acordam sobre o tempo de sustentação nas alegações finais orais de litisconsortes (art. 364 §1º do CPC).

Ademais, como dito, o direito de ação (e a defesa), por serem situações jurídicas de vantagem, compreendem a opção de não as exercer. E mesmo quando as alegações são ônus, a conclusão é idêntica: por que não aceitar a validade da disposição negocial se a iniciativa de alegar é um ônus da parte, que o cumpre como imperativo de seu próprio interesse? Em poucas palavras, a escolha por não se defender processualmente parece-me uma faculdade legítima pela liberdade da parte de agir ou não agir.⁹⁶⁻⁹⁷

Sobre as desigualdades que possam se verificar, não se deve esquecer que não se exige em um negócio jurídico (material ou processual) que o resultado seja absolutamente equitativo em termos de benefícios e prejuízos para ambos os negociantes. Ora, é de imaginar que, quando da negociação, a promessa de não postular (de não alegar certa matéria) foi negociada em contrapartida a outras trocas em pontos diversos do negócio jurídico. Ademais, deve-se registrar também que, como são mais frequentes os negócios jurídicos processuais prévios ao processo, neste caso as partes sequer sabem, naquele momento, quem será autor e réu, quem irá inadimplir ou mesmo se haverá inadimplemento. Portanto, em um momento muito posterior, quando o conflito e o processo já surgiram, avaliar que a promessa não pode ser exigida porque geraria uma situação de inferioridade para um dos convenientes é desconsiderar que, à luz do contrato, ele pode ter se beneficiado de algo que foi dado pela contraparte em contrapartida para aquela promessa. Não fazê-la valer poderia – isso sim – representar uma situação distorcida.

⁹⁶ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Op. cit., p. 153-156.

⁹⁷ No processo penal, já se associaram as promessas de não reportar às autoridades o cometimento de um crime com as situações processuais do promitente. Nessa abordagem, esta só seria uma promessa válida para particulares, porque para eles existe uma *faculdade* de reportar a prática de crime. Já em relação aos servidores públicos, estes têm o *dever* de representar, e então não seria possível prometer não o fazer. O tema foi objeto de interessante artigo de Allorio, com referência a decisão da Corte de Milão no início do séc. XX admitindo um tal acordo. Confira-se ALLORIO, Enrico. *Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali*. In: *Problemi di Diritto*. Milão: Giuffrè, vol. II, 1957, p. 339 ss.

7.3. Promessas de não postular típicas no direito brasileiro

Embora sejam negligenciadas na doutrina, é curioso notar que as cláusulas *solve et repete* não são estranhas à legislação brasileira.

De fato, renúncias convencionais a alegações são previstas como condição para a concessão de parcelamentos tributários há muitos anos. Assim ocorre no art. 10-A §2º da Lei nº 10.522/2002 e no art. 4º, II da Lei nº 10.684/2003, que exigem, para adesão ao parcelamento, manifestação expressa do contribuinte renunciando a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e ações judiciais ajuizadas para discutir o crédito tributário.⁹⁸ Claro que não se pode renunciar em abstrato ao direito de ação ou ao acesso à justiça para toda e qualquer violação futura.⁹⁹ Mas em relação a uma dívida tributária específica, entendemos ser esta disposição totalmente admissível, mesmo que diga respeito a uma impugnação ainda não formulada. Afinal, todo indivíduo deve poder dispor de situações jurídicas futuras, desde que previsíveis.¹⁰⁰

Outra previsão normativa expressa diz respeito ao benefício de ordem na fiança, que corresponde à possibilidade de que o fiador, cobrado pelo pagamento da dívida, alegue que a responsabilidade patrimonial incida primeiramente sobre os bens do devedor. O efeito prático é fazer atingir a atividade executiva primariamente sobre o patrimônio do devedor, e só subsidiariamente sobre os bens do fiador (se não forem encontrados bens ou sua venda não tenha conseguido obter valor suficiente para satisfazer o crédito).

Pois bem, o Código Civil prevê que o fiador pode renunciar à alegação do benefício de ordem (art. 828). Ora, a lei atribui à parte total disposição sobre esta exceção, e, se assim é, parece-me que também deva ser possível ao fiador, ao invés de renunciar ao benefício de ordem, prometer não alegá-lo por certo período de tempo.

Outra previsão legal está na Lei nº 13.988/20 (art. 3º, IV e V), que disciplina a transação perante órgãos da Administração Pública federal, e exige que a proposta de transação feita pelo devedor contenha necessariamente renúncia a alegações de questões de direito relacionadas a tais impugnações e demandas, individuais ou coletivas, sendo certo que deverá haver promessa de requerer em juízo a homologação

⁹⁸ O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (tema nº 257), fixou entendimento no sentido de que a disposição dos direitos tem que ser expressa nos processos em que se discute parcelamento tributário: “Na esfera judicial, a renúncia sobre os direitos em que se funda a ação que discute débitos incluídos em parcelamento especial deve ser expressa, porquanto o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial”.

⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 199-203, 335.

¹⁰⁰ Alguns autores, em nosso sentir sem razão, entendem serem inconstitucionais estas renúncias porque fulminariam o direito de acesso à justiça. Pedro Adamy, p. ex., parece seguir esta linha: ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 191-192. Na página 192, afirma que: “A abstenção de discussão da dívida voluntariamente parcelada, quando em conformidade com o direito, é absolutamente cabível. A violação à garantia está em vincular a participação do parcelamento à expressa ou tácita renúncia de processos administrativos ou judiciais futuros, é abuso desmedido que não poderá prevalecer no ordenamento jurídico pátrio”.

da transação para fins de levar à extinção do processo com julgamento de mérito, na forma do art. 487, III, c do CPC.

De outro lado, também temos vedações à promessa de não postular. O art. 4º § 7º-B, da Lei nº 12.850/2013, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.964/2019, prevê que são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. Ou seja, as partes, na colaboração premiada, não podem inserir promessas de não impugnar a homologação do acordo em juízo.

8. Conclusão

Como se vê, o *pactum de non petendo* é um assunto atual, importante na prática, com previsões normativas expressas no direito brasileiro e que está na ordem do dia das discussões jurídicas em diversos países.

No Brasil, é um tema em aberto, que perpassa transversalmente os estudos de processo civil, processo penal e processo administrativo, cuja qualificação e enquadramento ainda não encontraram um porto seguro. Entender corretamente o conceito e os efeitos de um *pactum de non petendo* é o primeiro passo para qualquer profissional ligado ao contencioso e ao planejamento contratual. E saber mais sobre seu objeto e suas relações com o direito material é a porta para explorar todas as potencialidades das promessas de não processar e não postular no sistema jurídico contemporâneo.

Referências bibliográficas

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALLORIO, Enrico. Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali. In: *Problemi di Diritto*. Milão: Giuffré, vol. II, 1957.
- ANCEL, Pascal. L'encadrement de la jurisdiction par le contrat. In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire. *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. Paris: Economica, 2001.
- ANGIONI, Enrica. *Negozió giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. Universidade de Cagliari: Tese de doutorado, 2015.
- BÄHR, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Leipzig: Georg H. Wigand, 3ª ed., 1894.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- BAUMGÄRTEL, Gottfried. Die Unverwirksamkeit der Klagebefugnis. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 75, nº 6, dez., 1962.

BESSONE, Mario. Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIX, 1965.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Il Foro Italiano, 1936.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out., 2016.

BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F.Wahlen, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018.

_____. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016.

_____. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol. 105, 2009.

CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, vol. 160, 2008.

CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVI, serie II, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. Clausola "solve et repete". *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1965.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015.

DE BENITO, Marco. I contratti processuali. Mimeografado, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali. Acesso em: 22 jan. 2015.

DE CRISTOFARO, Giovanni. *Il pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*, nº III, 1996.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 275, jan., 2018.

EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, out., 1969.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIV, nº 1, março, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012.

GRECO, Paolo. La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 29, nº 3-4, 1931.

GRIGNON, Philippe. L’obligation de ne pas agir en justice. In: *Mélanges Christian Mouly*. Paris: Litec, t.I, 1998.

GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 57, 2009.

HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, tomo II, 2019.

HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970.

JAUERNIG, Othmar; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: Beck, 2010.

KERN, Christoph A. Multinational Rules and Systems of Dispute Resolution in an Era of Global Economy. In: *Challenges for Civil Justice as We Move Beyond Globalization and Technical Change – XVI IAPL Congress on Procedural Law*, Kobe, Japão, 2019.

KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto "solve et repete" nei contratti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1931.

_____. Variações intorno alla clausola "solve et repete" nei contratti. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, II, 1931.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018.

MOUSSERON, Jean Marc; MOUSSERON, Pierre; RAYNARD, Jacques; SEUBE, Jean-Baptiste. *Technique contractuelle*. Paris: Lefebvre, 4ª ed., 2010.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009.

NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im Deutschen und im Deutschen internationalen Recht*. Ludwig-Maximilians-Universität: Tese de doutorado, Munique, 1967.

NEUNER, Robert. *Privatrecht und Prozeßrecht*. Mannheim: Bensheimer, 1925.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffré, 2009.

PHILIPPON, Pascal. *Le contrat de non-opposition*. Tese de doutorado: Universidade de Montpellier, 1996.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935.

REICHEL, Hans. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 59, 1911.

_____. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 60, 1912.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr.-jun., 2012.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 16ª ed., 2004.

RUSCELLO, Francesco. "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, nº 2, 1976.

SATTA, Salvatore. Accordo (diritto processuale civile). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, vol.I, 1958.

_____. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971.

SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.

SCHREIBER, Klaus. Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977.

SELETTI, S. Il patto del "solve et repete" nei negozi privati. *Rivista di Diritto Commerciale*, nº II, 1913.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2018.

_____. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Lisboa: AAFDL, 2020.

SOEHRING, Kay. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*. Berlin: Carl Heymanns, 1968.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 280, jun., 2018.

_____. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2019 (há versão comercial intitulada *Promessa de não processar e não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Salvador: JusPodivm, 2020).

TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958.

VAN ZYL, Gideon Brand. *The theory of the judicial practice of South Africa*. Cape Town: Juta & Co., 4ª ed., 2013.

WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol. II, 6ª ed., 2000.