

A CONSENSUALIDADE PROCESSUAL E O CONTROLE JUDICIAL DA AUTONOMIA PRIVADA

Lincoln Mattos Magalhães¹
Daniel Mota Gutierrez²

RESUMO: O estímulo ao processualismo consensual resulta da necessidade de conter a realidade atual de crise do sistema brasileiro de Justiça, que não oferece soluções eficientes para enfrentar os problemas decorrentes da massificação dos conflitos e da explosão da litigiosidade. Nesses termos, a preocupação do legislador com o incentivo dos chamados “equivalentes jurisdicionais” constitui característica das mais simbólicas do CPC de 2015. Este ensaio examina o manuseio de tais instrumentos sob o prisma de seu conteúdo e de seus limites, identificando o papel do Judiciário no controle e na moderação do exercício da consensualidade privada.

Palavras-chaves: Consensualidade Processual; Judiciário; Autonomia Privada

THE PROCESSUAL CONSENSUALITY AND THE JUDICIAL CONTROL OF PRIVATE AUTONOMY

ABSTRACT: The stimulus to consensual processualism results from the need to contain the current crisis scenario of the Brazilian system of justice, which has not offered efficient solutions to face the problems of massification of conflicts, and the explosion of litigiousness. Thus, the concern of the legislator with the encouragement of so-called "jurisdictional equivalents" is one of the most symbolic characteristics of 2015's CPC. This paper examines the freedom of self-composition from the point of view of its content and its limits, identifying the role of the Judiciary in control and moderation of the exercise of consensuality.

Keywords: Consensuality; Judicial Power; Private Autonomy.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Mestrando em direito pela UNICHRISTUS. Advogado

² Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da UNICHRISTUS. Advogado



INTRODUÇÃO

No conjunto das inovações instituídas pelo atual Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 18 de março de 2016, são exemplos de acentuado destaque o estímulo à consensualidade e o incentivo normativo à utilização de meios não contenciosos de resolução de conflitos.

Esse novo arranjo contextual reflete a preocupação do legislador com a necessidade de buscar opções válidas para conter a crise do sistema judicial brasileiro, cujas causas mais simbólicas e expressivas se ilustram em dois fenômenos, que se complementam e que se justificam. São eles, em especial: a) a explosão da litigiosidade, decorrente da maior valorização e reconhecimento dos direitos fundamentais por parte do Estado; e b) o congestionamento dos veículos e canais de acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

A fixação de tais premissas propõe uma nova modalidade de pensar e compreender o Acesso à Justiça, cuja ideia se comprometa mais com a obtenção de resultados participativos e democráticos, do que com a sujeição tradicional de seus destinatários até o autoritarismo, à incerteza e à ineficiência do aparelho judicial convencional e de suas soluções adjudicadas.

Os sintomas dessa tendência são percebidos na recente legislação e se reproduzem com igual notoriedade no cronograma da atividade científica. Assim como o novo diploma processual engajou expressamente vários de seus dispositivos na disciplina do assunto, a literatura jurídica atual registra produções em larga escala dedicadas a temas como a desjudicialização, a desburocratização jurisdicional e a importância dos procedimentos não estatais de resolução de demandas, entre outros.

Embora, porém, muito já se tenha escrito (e igualmente se continue a escrever) sobre os chamados “equivalentes jurisdicionais” enquanto métodos de prevenção de litígios, de resolução de disputas, ou de superação à apontada insuficiência do aparelho judicial, igual produtividade e interesse não se vislumbram, por sua vez, no que tange ao estudo da qualidade do conteúdo obtido por esses meios.

Pouco se fala acerca da legitimidade e da efetividade do produto das soluções engendradas e constituídas pelas pessoas na diluição de suas desavenças e, menos ainda, se questiona qual o papel reservado ao Judiciário ante à proposição de acordos oferecidos à sua chancela³.

³ Acerca dessa preocupação quanto à exiguidade literária voltada à análise dos “meios equivalentes” na perspectiva de seu produto, Daniel Mota Gutierrez assinala que: “[...] é fundamentada a expectativa de



A indagação que se faz, nesse contexto, está em saber se, uma vez “resolvido o conflito” por decisão das próprias partes, o juiz deve necessariamente se limitar a homologar o acordo ou transação correspondente; ou poderia o juiz – e, caso afirmativo, sob que condições – exercer controle sobre o produto da autonomia privada, recusando ou indeferindo a homologação pretendida, cujo objeto ou cujos propósitos não se enquadrem na ordem de valores que caiba a esse mesmo juiz tutelar.

Observa-se, sobre o assunto, que o art. 515, II e III, do CPC vigente, a exemplo do que já fazia o art. 475-N, V, do Código revogado, atribuiu força e eficácia de título executivo judicial às decisões homologatórias de acordos judiciais, e de autocomposições extrajudiciais de qualquer natureza.

Tal significa afirmar que a homologação do acordo celebrado antes ou depois de a respectiva matéria ter sido posta em juízo autoriza às partes, em caso de não observância de seus termos por quaisquer delas, a fazerem uso dos instrumentos de efetivação previstos nos arts. 523 (cumprimento definitivo de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia em dinheiro), 528 (cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de prestar alimentos), 536 (cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer) e 538 (cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de entregar coisa), todos do CPC.

Nesse contexto, se o ajuste judicial tem o condão de encerrar demanda posta em juízo, a conversão do acordo extrajudicial em título executivo produz um efeito prático de substancial importância: ante essa possibilidade, o exercício do direito processual de defesa em face da pretensão de execução de uma decisão homologatória de autocomposição judicial ou extrajudicial se dá não por via dos embargos do devedor (oponível nas hipóteses do art. 784, do CPC), cujo espectro comporta um rol mais extenso de matérias alegáveis, mas por

que outras monografias versem sobre a temática ora em estudo, seja para abordar questões aqui não tratadas e/ou aprofundar as que foram investigadas ou, ainda, para lhes emprestar outra perspectiva. Isso porque [...] não parecem faltar motivos para novas investigações nessa seara. Há um ambiente propício para tanto. Seja em função do incentivo à adoção cada vez maior dos meios equivalentes de jurisdição por parte do Poder Público e da própria comunidade jurídica, ou da tendência de ampliação do disciplinamento legal dos institutos a eles afeto, como, por exemplo, no projeto do novo Código de Processo Civil. E até em razão do reflexo positivo que se espera da implementação da Resolução CNJ n. 125 quanto à sua contribuição para a sedimentação da cultura da pacificação. Ou, ainda, em razão da escassez de literatura nacional atualizada sobre o tema, notadamente no âmbito do processo civil. Assim, há terreno para se continuar explorando os meios equivalentes e, sobretudo, o objetivo, o resultado, o produto deles, de que é exemplo a transação. Acredita-se que é desse equilíbrio entre os estudos dos meios (equivalentes de resolução de conflitos) e dos seus fins (produtos), que surgirão as melhores propostas de aperfeiçoamento do sistema para a realização da efetiva pacificação social com justiça (2013, p.152-153).



meio do expediente de impugnação ao cumprimento de sentença, cuja via instrumental é amplamente mais restrita e limitada.

Em tal perspectiva, a decisão de homologar o acordo em juízo confere maior segurança e efetividade ao negócio, equiparando-o, para todos os fins – e especialmente para efeito de ulterior propositura de um pedido de execução forçada - a uma autêntica sentença judicial transitada em julgado.

Sob esse aspecto, portanto, o assunto em debate assume relevo e magnitude, demandando uma investigação mais detalhada acerca de seus contornos e desdobramentos.

O estudo a ser aqui desenvolvido, por sua vez, se organiza em três etapas. A primeira cuida dos princípios que envolvem o consensualismo processual, com especial ênfase aos princípios da autonomia da vontade, da não competitividade e do poder decisório das partes.

A segunda aborda o funcionamento em si da atividade de jurisdição voluntária, examinando suas limitações e possibilidades, bem como suas relações com o neoconstitucionalismo bem assim com a Teoria dos Princípios, de Robert Alexy.

A terceira parte reporta-se à resolução em si do problema desta pesquisa, examinando hipóteses que supostamente ensejam a recusa à homologação de acordos e transações, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, bem como a aplicação da máxima alexyana da ponderação de valores.

1 PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE

Em tempos de crise no sistema de administração da Justiça, cuja gravidade está diretamente associada à incapacidade das instituições em lidar com suas verdadeiras causas e em estabelecer políticas adequadas para o seu melhor enfrentamento, o estímulo à consensualidade desponta como alternativa satisfatória e viável para contemporalizar a insuficiência da jurisdição estatal como instância preferencial para a solução de controvérsias.

Essa realidade, sobre a qual o novo CPC dedicou boa parte de seus esforços e reflexões, parece desfraldar as principais bandeiras da recém-editada legislação, embora não seja incorreto, por outro lado, asseverar que o novo diploma igualmente investiu substancial capital normativo na regulamentação de técnicas essencialmente voltadas à sumarização quantitativa de procedimentos.

No plano teórico, os ditos meios consensuais de resolução de conflitos assumem fisionomias diversas e revelam aptidões e objetivos igualmente distintos. Cada um tem



características próprias, limites e indicação temática, não havendo entre eles nenhuma hierarquia normativa, ou ordem de prioridade.

A título de exemplo, cabe ilustrar que, enquanto a conciliação se exhibe como meio mais adequado para administrar situações contingentes, em que o relacionamento entre as partes se restringe e se esgota no próprio conflito, a mediação se mostra apta a dirimir questões cujos agentes, em regra, mantenham entre si um liame socioafetivo mais amplo e de duração continuada.

Não existe, nesses termos, um mecanismo mais funcional ou universal preferível aos demais. A opção por um ou por outro (conciliação, negociação, mediação etc.) opera-se de conformidade com as circunstâncias, com a vontade dos sujeitos e com a natureza fática ou jurídica da respectiva demanda.

Não obstante, a despeito da diversidade conceitual e característica que envolve os institutos autocompositivos, sua compreensão, em linhas gerais, se informa por uma base normativa e principiológica comum, que abrange, com maior expressão, os princípios da autonomia privada, da não competitividade e do poder decisório das partes.

O primeiro desses princípios configura, por si, o fundamento mais essencial dos instrumentos consensuais de resolução ou prevenção das disputas. A autonomia privada se expressa por meio da vontade soberana das partes e permite que os protagonistas do conflito, na intenção de pôr fim à sua controvérsia, renunciem mutuamente à intervenção jurisdicional e se submetam a uma composição dialógica e negociada, pois, conforme Guerreiro postula:

A autonomia da vontade é preceito basilar quando se discutem contratos. É ela que permite a manifestação livre de vontade por um indivíduo ou grupo, é ela que vai permitir a junção dessa manifestação de vontade livre com outra de mesma natureza emitida por outro indivíduo, representando diverso pólo ou grupo de interesses, que se unem para atingir um determinado fim comum. (2015, p. 40-41).

Numa sociedade complexa como a atual, em que a imposição de uma decisão judicial nem sempre promove o encerramento do conflito, mas, antes, muitas vezes, o acirra, o acentua, o prolonga, e o retroalimenta, a opção das partes em aderir a uma solução consensual, oriunda da aglutinação consciente de suas vontades e interesses, representa, além de um ganho civilizatório de larga magnitude, verdadeira reação contra a cultura do litígio em favor do efetivo acesso aos direitos fundamentais em sentido amplo.

Nessa direção e perspectiva, portanto, a autonomia da vontade é o próprio corolário norteador das técnicas de autocomposição, na medida em que tanto possibilita que as partes



chamem voluntariamente para si o papel de solucionar suas desavenças, quanto afasta a atuação do Estado-Juiz, substituindo-a por um esforço espontâneo equivalente, cujo exercício, contudo, além de prestigiar o que atualmente se deve entender por “Acesso à Justiça”, não importa, nem se caracteriza como violação ao princípio da garantia de jurisdição a que se refere o art. 5º, XXXV, da CF/88⁴.

Sobre a influência da autonomia privada no universo dos meios equivalentes, é oportuna a lição de Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves (FACHIN e GONÇALVES, 2011, p.11):

A aproximação dos sujeitos e a busca comum para a resolução de um litígio representa, dessa maneira, alternativa para a realização efetiva da justiça ao caso concreto. Vale dizer: as práticas não adversariais de solução de controvérsias representam a transposição da cultura do litígio para a cultura da recomposição dos interesses.

Relativamente aos demais princípios antes mencionados, ambos, em certa medida, decorrem do primeiro. Assim como a não competitividade consubstancia uma abstenção recíproca dos interessados refletida na escolha de não se submeterem a uma solução estatal binária, o poder decisório das partes é, por sua vez, a própria materialização da ideia de liberdade volitiva.

Sob esse enfoque, o empoderamento dos sujeitos assume importância tal, que aquilo por eles a decidir como fórmula de resolução de seu conflito prevalece soberanamente (em regra) sobre qualquer outro meio, por mais institucionalizado ou, possivelmente, mais adequado que se exprima.

Nesse aspecto, aliás, Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p.65) aponta a desconfiança social em relação ao sistema de justiça como fator para impulsão da autodeterminação das partes. Segundo o autor, “não estranha, destarte, a baixa credibilidade da população na Justiça estatal (lenta, desgastante, onerosa, imprevisível), restando aos

⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, explicando melhor o assunto: “O inc. XXXVV do art. 5º da CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair a apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que acabou por descolar aquele dispositivo da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão *ufanistas*, como *irrealistas*. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e, por pouco, não convertendo o direito de ação em (...) *dever de ação*! Numa abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional, cabe, desde logo, reconhecer que aquele enunciado é precipuamente endereçado *ao legislador*, antes que ao jurisdicionado, pela boa razão de que este último não tem controle sobre a criação de norma legal futura que pudesse porventura excluir da apreciação judicial algum histórico de direito lesado ou ameaçado.” (2015, p. 205-206).



jurisdicionados a opção entre tolerar os prejuízos e insatisfações, ou procurar os chamados *meios alternativos*.”

Em igual sentido, mas, sobretudo, realçando a importância do empoderamento das partes, como mecanismo de realização e acesso à justiça efetiva por meio do consenso, Daniel Gutiérrez e Janio Pereira da Cunha acentuam que

O princípio do poder de decisão expressa a ideia de que tão-somente as partes têm a faculdade de compor o litígio, por meio de um acordo no qual predominam a liberdade e a autonomia decisórias dos envolvidos, pois serão eles os diretamente afetados pela composição (GUTIÉRREZ e CUNHA, 2015, p. 7).

Em suma, portanto, são esses os valores normativos que integram os meios equivalentes e que compõem sua base teórica e hermenêutica. Sem embargo de admitir a ocorrência de outros vetores interpretativos acerca do assunto, o núcleo essencial da disciplina se perfaz, especialmente, da atuação coordenada dos três princípios aqui resumidamente descritos.

De tudo isso, uma ressalva há de ser feita: apesar do exposto há pouco, nenhum dos princípios antes mencionados desfruta da qualidade de ser absoluto.

Nesses termos, o fato de os princípios aplicáveis aos meios equivalentes não serem absolutos (como nenhum outro princípio pode ser) estabelece a primeira fresta de confirmação da hipótese subjacente a este artigo. A chave para o problema da possibilidade, ou não, de recusa judicial à homologação de certos acordos, talvez, esteja exatamente na ideia de relativização dos princípios (incluindo os aplicáveis aos Meios Equivalentes de Resolução de Conflitos), cuja temática será detalhadamente investigada no próximo segmento.

2 JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Relativamente à temática das tensões entre princípios (em alusão direta ao que foi expresso no módulo anterior acerca da chave para a resolução do problema da homologação ou não de certos acordos submetidos à chancela judicial), a questão na espécie está, possivelmente, em desmitificar a pretensa hipertrofia da autonomia privada, seja para admitir que ela não é um valor absoluto, seja para reconhecer que sua incidência deve observar determinados limites de ordem pública.



Desde a segunda metade do século XX, o direito como um todo, sobretudo em razão de uma tendência de reação da ordem jurídica aos acontecimentos verificados durante a II Grande Guerra Mundial (1939-1945), presenciou o surgimento do chamado neoconstitucionalismo, cuja doutrina propunha uma reflexão do papel civilizatório das constituições na sociedade, assentando suas bases em diversas premissas estruturais, dentre as quais três merecem destaque para os fins deste ensaio: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, online).

No que tange à afirmação indicada no item *a* acima, a ascensão da Carta Magna ao ápice do sistema normativo influenciou, pelo menos, duas consequências relevantes para o modo como, desde então, se passou a pensar, aplicar e compreender o Direito Constitucional como ciência.

A primeira delas foi o advento da chamada constitucionalização do Direito. Por força de tal fenômeno, cujo significado é de ampla discussão em sede de doutrina e jurisprudência, a Constituição, ao mesmo tempo, absorveu normas pertinentes aos mais diversos ramos do Direito e se deslocou em direção ao universo das normas infraconstitucionais.

Já a segunda decorreu do reconhecimento de normatividade aos princípios, bem assim de sua diferenciação qualitativa em relação às regras (BARROSO, 2005, online).

Assim expresso e considerando, ademais, que os direitos fundamentais no aspecto substancial são normas jurídicas positivadas e com estrutura de princípio⁵, o apontamento em foco registra grande valia para o desenvolvimento do tema aqui examinado.

É que, por serem enunciados com base normativa e natureza jurídica de princípios, os direitos fundamentais, por essência, não são absolutos. Eles convivem na esfera do ordenamento jurídico e eventualmente entram em choque, ou se colocam em situação de colisão direta (circunstância tida como inevitável para a Escola do Pós-Positivismo).

Essas tensões normativas comprometem a integridade das decisões judiciais e carecem de ser erradicadas. Consoante Robert Alexy, no entanto, os dilemas entre princípios não se resolvem como se faz com os conflitos entre regras, cuja antinomia demanda a aplicação de procedimentos de exclusão ou de invalidação (lógica do “tudo ou nada”).

⁵ Por opção metodológica, considera-se, nesse ponto, a “teoria dos direitos fundamentais”, de Robert Alexy, que compreende os princípios como “[...] normas que determinam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos de otimização, que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus e porque a medida de seu cumprimento depende de possibilidades fáticas e jurídicas (CEZNE, 2005, p. 51-67).



Para essa finalidade (solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais), Alexy retoma o critério da dimensão de peso proposta por Dworkin. Conforme o autor, a solução do conflito entre direitos fundamentais (princípios) se dá mediante uma relação de precedência, aplicando-se, para esse fim, a chamada máxima geral da proporcionalidade.

Sob a igual configuração de um princípio, a proporcionalidade atua exatamente nos pontos de tensão entre normas, de modo a intermediar e viabilizar uma ponderação entre os valores que lhes sejam correlatos.

Em suma, o papel da proporcionalidade, no âmbito discursivo, é servir de instrumento para a resolução de colisões entre direitos fundamentais, por meio de uma operação de concordância prática, cuja atividade “[...] pressupõe a presença de certos elementos ou subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.” (SAMPAIO, 2008, p. 97).

Nesse sentido, quando dois direitos fundamentais entram pelo menos aparentemente em choque, o primeiro passo, segundo Alexy, é investigar se o conflito de fato existe e se o sacrifício de um dos direitos fundamentais envolvidos é medida *adequada* para resolvê-lo (adequação).

Em caso afirmativo, cumpre verificar se essa tal medida (sacrifício de um dos direitos fundamentais) é realmente necessária (necessidade), ou se há outros meios que igualmente conduzam à mesma finalidade, mas que importem menor prejuízo.

Por último, vencida a etapa anterior, resta definir qual dos direitos fundamentais deve efetivamente ser sacrificado no caso concreto, identificando-se, entre eles, o que, se aplicado, ferirá com menor gravidade e intensidade o outro (proporcionalidade em sentido estrito).

A técnica de Alexy, embora tenha sido proposta na intenção de solucionar os chamados casos difíceis (*hard cases*), baseia-se numa metodologia lógica, capaz, em tese, de servir para os mais diversos tipos de conflitos, inclusive, os não necessariamente jurídicos.

Assim ocorre, pois, igualmente, no que concerne ao exercício da jurisdição voluntária, em razão da qual, mesmo à míngua de um conflito real de interesses, o Estado-Juiz atua como interlocutor ativo de um negócio jurídico de Direito Privado.

Nesse ponto, Cândido Rangel Dinamarco enfatiza o caráter típico da atividade, afastando o entendimento de que a jurisdição voluntária constitua mera função administrativa, ressaltando que “[...] há procedimento a observar, está presente o contraditório, as decisões e



sentenças devem ser motivadas, opera o duplo grau de jurisdição, etc. – enfim, prevalecem os padrões ditados pela garantia do devido processo legal” (2004, p. 316).

Em situações dessa índole, sobretudo em pontos cuja atuação judicial se justifique e se faça imperiosa ante à necessidade de se conferir proteção a determinados bens e valores jurídicos, o uso da proporcionalidade, na expressão mais criativa do termo, é “[...] instrumento de que se serve o Estado para resguardar, por ato do juiz, quando solicitado, bens reputados pelo legislador como de alta relevância social” (ALVIM, 2000, p. 219).

Ainda sobre o assunto, José Ignácio Botelho de Mesquita (2007, p. 50) sustenta que o papel da jurisdição voluntária é funcionar como instrumento de transformação da realidade fática, quando essa transformação se mostra essencial para afastar o risco de tensões normativas entre interesses privados e interesses públicos contemplados na Constituição Federal, tais como as ordens política, econômico-financeira e, a ordem social, bem como, a família, a educação e a cultura, entre outros.

É possível, assim, asseverar que o ambiente da homologação judicial do acordo ou transação judicial ou extrajudicial compreende, como espécie de atuação do procedimento de jurisdição voluntária, ocasião propícia para a realização de juízos de ponderação entre valores, princípios jurídicos ou direitos fundamentais eventualmente colidentes.

Noutras palavras, ante um pleito de homologação judicial de acordo obtido ou não em juízo, é o resultado desse exame de ponderação entre interesses eventualmente colidentes o que, muitas vezes, determinará o acolhimento ou não do pedido.

Nesse sentido é, senão nos domínios da jurisdição voluntária, cujo espectro funcional se destina, em última análise, a prevenir ou a combater colisões entre direitos fundamentais, que a máxima da proporcionalidade opera, se estabelecendo como autêntico critério de limitação da autonomia privada, além dos demais princípios norteadores dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

3 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA E COLISÕES ENTRE A LIBERDADE DE CONTRATAR E OS VALORES DE ORDEM PÚBLICA

Na seção anterior, cuidou-se do tema da constitucionalização do Direito, enaltecendo a valorização dos princípios como categorias normativas estruturantes de direitos fundamentais, indispensáveis para orientação e controle da atividade judicial.



Ressaltou-se, no mesmo âmbito, que os princípios não são absolutos, e, eventualmente, colidem uns com outros, ocasionando choques de interesses, cuja resolução não se faz por meio de exclusão ou de invalidade, mas por via de um critério ou relação de precedência.

Nesse ponto, destacou-se a teoria de Robert Alexy, com seu atributo na instituição de uma fórmula para a resolução de conflitos entre princípios, com esteio na utilização da máxima da proporcionalidade, e de seus elementos ou subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Finalmente, demonstrou-se a aproximação entre os conceitos de proporcionalidade e de jurisdição voluntária, apontando-se o mecanismo da ponderação de valores e princípios como instrumento apto à eliminação dos dilemas normativos que eventualmente possam surgir no universo das sentenças de homologação de acordos.

Fixados esses esclarecimentos, cumpre, doravante, examinar possíveis objeções hipotéticas que, quando em colisão com os princípios norteadores da consensualidade, sejam capazes, em tese, de limitar o exercício volitivo da autonomia privada.

3.1 Cláusulas Gerais

A necessidade de adaptar ainda mais o modelo binário das regras e princípios às demandas de uma sociedade moderna, cujas mudanças costumam se operar em velocidade insuscetível de ser acompanhada pelo legislador, exigiu a instituição de uma nova técnica de elaboração normativa, capaz de conviver com essa dinâmica, ou, pelo menos, de reduzir, ou aliviar os seus efeitos.

Essa percepção enfatizou a importância da superação do formalismo jurídico e do rigorismo conceitual, servindo de pano de fundo para o surgimento das chamadas cláusulas gerais, ou normas de conteúdo substancial aberto.

São enunciados que se caracterizam por não prescreverem, *a priori*, nem o significado de seus pressupostos, tampouco a definição exata de suas consequências normativas, isso, pois, na provável intenção, ora de neutralizar sua obsolescência em curto prazo, ora no escopo de "[...] estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas". (DIDIER JÚNIOR, 2010, p.79).



A recorrência às cláusulas abertas, nessa perspectiva, serve ao processo como instrumento valioso à consecução de seus mais lícitos desideratos, de modo a garantir aos seus usuários a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva (SAMPAIO, 2008, p. 110).

Entre os vários exemplos dessa metodologia de elaboração de normas, três serão examinados em espécie, pela sua importância, bem assim por guardarem maior pertinência em relação ao objeto aqui em análise: as funções sociais do contrato e da propriedade e a boa-fé objetiva.

3.1.1 Função Social da Propriedade

A importância dispensada aos direitos fundamentais pela Constituição de 1988 trouxe, entre outros influxos, substancial alteração na ideia tradicional de propriedade privada, até então centrada na doutrina do liberalismo, amparada na concepção individualista que vigorava sob o plexo normativo do Código Civil de 1916.

O advento da atual Carta Republicana, se, por um lado consolidou a propriedade como um direito fundamental individual, de outra parte, estabeleceu limitações ao seu exercício, condicionando-o à observância e ao cumprimento de sua função social.

Sobre o caráter genérico da expressão em si (função social da propriedade), o Código Civil de 2002 contém diversas normas de conteúdo aberto que restringem a propriedade e estabelecem sanções ao titular desse direito que o exerça em desacordo com seus desideratos.

Exemplo disso são os artigos 187 e 1.228, § 1º, do mesmo diploma que, respectivamente, proíbem atos volitivos que não trazem nenhum benefício ou utilidade ao dono da coisa (v.g., a construção de um muro com a única finalidade de prejudicar o vizinho), e cominam ao exercício do direito de propriedade a obrigação de respeito à fauna, à flora, às belezas naturais e ao patrimônio histórico e artístico.

Nesse plano, admitindo-se que uma transação envolvendo o direito de propriedade seja submetida à chancela judicial em procedimento de jurisdição voluntária, é dado ao juiz, caso perceba que o ajuste, em alguma medida, subverte a função social disciplinada no art. 5º, XXIII⁶ da Constituição, recusar homologação ao acordo, determinando outros

⁶ Constituição Federal: Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;



encaminhamentos necessários, como dar a conhecer ao Ministério Público, caso o objeto do ajuste constitua crime em tese ou registre fato capaz de ensejar o ajuizamento de uma ação civil pública.

3.1.2 Função Social do Contrato

Assim como se deu em relação ao direito de propriedade, o Código Civil de 2002 instituiu uma modalidade de intervenção do Estado nas relações contratuais, estabelecendo, em seu art. 421 – cujo conteúdo divisa notória feição de uma cláusula geral – que “[...] a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Inferre-se, pois, que o juiz deverá indeferir o pedido de homologação de acordo cujo teor vislumbre a existência de alguma cláusula abusiva, ou cujo conteúdo atente contra os valores e princípios previstos na Constituição.

Com base na idéia de preservar a função social do contrato, não deve o juiz, por exemplo, na esteira, igualmente, de critérios de ponderação e proporcionalidade, homologar uma transação de parcelamento de débito entre consumidor e um fornecedor, em que uma das respectivas cláusulas preveja o vencimento antecipado da dívida inteira, em caso de inadimplemento consecutivo de duas ou mais prestações.

3.1.3 Boa-fé Objetiva

À luz de igual estrutura de uma cláusula geral, a boa-fé objetiva traduz um dever lateral inerente a toda e qualquer relação jurídica, e que impõe aos sujeitos um agir em consonância com “[...] determinados padrões socialmente recomendados, de correção lisura, honestidade, não frustrando a confiança legítima dos demais sujeitos de uma relação jurídica.” (SAMPAIO, 2008, p. 118).

Nesse sentido, a boa-fé objetiva incorpora uma espécie de tríplice função no âmbito dos negócios jurídicos em geral, assumindo-se, ora como instrumento de interpretação do próprio contrato, outras vezes como mecanismo de controle do exercício dos direitos contratuais, e noutras circunstâncias como autêntica norma de conduta, a regular o comportamento volitivo dos contratantes (cláusulas laterais).



A boa-fé objetiva, ou o desrespeito a ela, são, talvez, as situações mais recorrentes no contexto da judicialização de controvérsias. Os registros mais frequentes se originam das relações de consumo, com ênfase especial para aspectos envolvendo coberturas de plano de saúde.

A violação a esse princípio, assim como aos demais mencionados nos subitens anteriores, é constatável mediante a utilização da máxima da proporcionalidade. Nesses termos, por meio da aplicação da fórmula da ponderação ou da precedência, é igualmente possível ao juiz recusar homologação a uma transação entre pessoas, cuja substância reflita um malferimento à ética e aos deveres contratuais de equidade e de correção.

Vislumbra-se, com efeito, possível, por violação à boa-fé objetiva, a não homologação de um acordo extrajudicial de fixação de alimentos entre pai e filho maior de idade, cujo propósito seja, nitidamente, capitalizar vantagens em favor do alimentante para fins de futura dedução em imposto de renda, ou para efeito de simular uma situação de endividamento civil a ser utilizada para fazer prova em eventual demanda contra terceiros.

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até a primeira metade do século XX, a compreensão tradicional vinculava os direitos fundamentais ao papel restrito de proteger as pessoas apenas contra a incidência e o exercício do poder do Estado. Prevalencia, sob a égide do constitucionalismo clássico-liberal, a chamada doutrina do *state action*, ao afirmar que a oponibilidade dos direitos fundamentais às relações privadas colidiria com o conceito de autonomia privada então vigente.

Essa ideia, contudo, restou superada pela teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais, cuja síntese pregava que estes não se prestavam a solver diretamente as relações privadas, mas podiam incidir sobre elas de modo mediato, por meio da interpretação de cláusulas gerais (MENDES, 2004, p. 125).

A doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais surgiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão no final dos anos de 1950 e foi incorporada ao constitucionalismo brasileiro com a Constituição de 1988.

Alexander Perazo e Renata Albuquerque Lima enfatizam o papel e a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, identificando alguns dispositivos na própria Constituição a que esse fenômeno comparece:



[...] o “Estado Social” tem um novo papel a ser desempenhado, na qualidade de agente de implementação de políticas públicas, em que ele é instado a promover um modelo econômico de bem-estar social e, ao mesmo tempo, a integrar, modernizar e legitimar o sistema capitalista. Esse processo de socialização das relações privadas/patrimoniais é observado notadamente nos arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII e 170 da CF/88 remetendo a cláusulas gerais, como, por exemplo, a função social da propriedade, no caso em tela, da empresa, a dignidade da pessoa humana, a garantia do desenvolvimento do país e etc. (PERAZO e LIMA, ano 2016, p. 17-18).

Sob esse enfoque, e considerando a lógica da constitucionalização do Direito, cujo principal efeito é a eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações entre pessoas, é possível vislumbrar situações de evidente tensão entre a autonomia privada e alguns dos vários princípios inseridos no chamado *patamar civilizatório mínimo*.

Supõe-se, portanto, que, na hipótese de uma transação de tal índole ser submetida a procedimento de jurisdição voluntária, cumpre ao juiz, por meio de uma operação de sopesamento, deixar eventualmente de homologar o acordo, se identificar, diante de uma colisão entre a liberdade de contratar e algum outro direito fundamental inderrogável, que a precedência deste em detrimento daquela se mostre proporcionalmente mais adequada e necessária.

Ilustração didática seria de uma pessoa que, a título de sanar determinada obrigação ordinária, se compromete a entregar a outrem, durante vários meses consecutivos, a integralidade de seu salário mensal, que, por sua vez, representa a única fonte de renda de sua família. Em tal hipótese, entre a liberdade de contratar e a indisponibilidade do salário como expressão da dignidade da pessoa humana, deve o julgador dar preferência ao segundo, em juízo de proporcionalidade, optando pela não homologação do ajuste.

4.1 Irrenunciabilidade dos Direitos Indisponíveis

Como decorrência da eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado, outro óbice importante ao princípio da autonomia privada reside na irrenunciabilidade dos direitos indisponíveis.

Sobre o tema da indisponibilidade, duas distinções se fazem indispensáveis: a primeira se dá sob o prisma da titularidade do direito, e os diferencia entre objetivamente indisponíveis, que são aqueles cuja natureza impede sua disposição (direitos de personalidade, v.g.), e os subjetivamente indisponíveis, que são essencialmente disponíveis, mas que se tornam indisponíveis em razão de alguma circunstância ligada à pessoa de seu titular ou



representante (os pais não podem, por exemplo, dispor dos bens de seus filhos; o cônjuge casado em regime comunitário não pode alienar seus bens sem a necessária outorga de seu consorte).

A segunda relaciona-se com a transigibilidade do objeto, por ordem da qual os direitos indisponíveis se desdobram em duas categorias, a saber, a) os que admitem e b) os que não comportam transação.

Nesse ponto, embora a identificação de cada agrupamento nem sempre sobressaia com clareza, é indiscutível que exista uma diferença entre a transação do direito propriamente dito, e a transação incidente sobre aspectos secundários, como a modalidade de cumprimento das obrigações, ou suas vantagens patrimoniais respectivas.

Com efeito, é oportuno o comentário de Sílvio de Salvo Venosa em que usa como exemplo o direito aos alimentos, cuja natureza é de um direito classicamente indisponível, mas que comporta negociações quanto ao seu montante e à sua conformação de pagamento:

Assim como não se admite renúncia ao direito de alimentos, também não se admite transação. O *quantum* dos alimentos já devidos pode ser transigido, pois se trata de direito disponível. O direito em si não o é. O caráter personalíssimo desse direito afasta a transação. (VENOSA, 2015, p. 411).

À luz de tais esclarecimentos, é possível, em hipótese, a recusa à homologação de acordo cujo teor evidencie negociação sobre direitos objetivamente indisponíveis, ou mesmo sobre direitos disponíveis cuja condição de disponibilidade não tenha sido realizada. De igual modo, o indeferimento do pedido de homologação também, provavelmente, se impõe nos casos em que o ajuste se refira ao conteúdo ou ao objeto em si de um direito que não admita transação.

Ilustre-se, como exemplo, um pacto intersubjetivo em que uma das partes renuncie à paternidade de um filho, ou transfira a um terceiro, ainda que sob assentimento desse terceiro, seus deveres e obrigações decorrentes de sua condição parental. Em situação dessa índole, a autonomia da vontade defronta a indisponibilidade, impondo-se, na ponderação entre um e outro valor, a precedência do segundo sobre o primeiro, pelas razões já aqui aduzidas.

4.2 Violação aos Interesses de Terceiros

Relativamente às convenções que importem em eventual glosa a direitos ou repercussão sobre interesses de terceiros, cuida-se, nesse caso, de situação que, em primeira



vista, seria obstativa⁷ à homologação. De fato, não soa razoável admitir que um negócio firmado entre alheios possa vincular ou ser exequível contra terceiros que nele não tiveram assento (*res inter alios acta nec nocet, nec prodest*).

Tal circunstância, no entanto, não induz, por si, motivo para recusa de uma chancela judicial. Nesses casos, o choque entre princípios, deve, *a priori*, ceder em favor da autonomia privada, resguardando-se os interesses de eventuais terceiros prejudicados no que dispõe a regra do art. 506 do CPC vigente.

Noutros termos, ainda que a sentença homologatória do acordo não ressalve possíveis interesses de terceiros, ela só deve produzir efeitos em relação aos sujeitos que tiveram parte no respectivo procedimento.

Em situações dessa índole, quem não for parte no processo não deve sofrer os efeitos sequer indiretos da decisão homologatória do acordo.

Em exemplo concreto, suponha-se uma pessoa que, já sendo devedora de pensão para um filho, decida, por espontânea vontade, firmar uma transação com sua mãe idosa, comprometendo-se a lhe pagar alimentos mediante percentual sobre sua remuneração líquida.

Submetida essa avença à chancela judicial, nada impede que o juiz a homologue, atribuindo eficácia de título executivo à respectiva obrigação. Eventual pretensão, no entanto, do alimentante no sentido de reduzir ou de exonerar a pensão do primitivo beneficiário (seu filho) ao argumento de ter assumido um encargo superveniente deve ser em tese recusada, sob a lógica de que o negócio firmado entre duas pessoas não pode vincular, nem prejudicar, interesses de terceiros.

Nada impede, em todo caso, em uma situação similar, que o juiz igualmente indefira o pedido de homologação do acordo, caso identifique que seu propósito seja, precipuamente, prejudicar direitos de terceiros, alcançar desiderato ilícito ou obter vantagem fática indevida.

A saber, *verbi gratia*, caso exista acordo em que a pessoa se proponha a pagar alimentos à mãe idosa com a só finalidade de reverter proveito próprio uma vantagem indevida, é de rigor que o juiz se recuse a homologar o ajuste, podendo, inclusive, adotar providências no sentido de apurar possíveis ilicitudes.

⁷ CPC: Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.



CONCLUSÕES

A abordagem dos meios equivalentes de resolução de conflitos sob o prisma de seu produto e de suas relações com as possibilidades inerentes ao exercício da jurisdição voluntária é ponto sobre o qual a quantidade de registros teóricos não é, por certo, nem compatível, nem proporcional à relevância do tema.

Embora muito se escreva sobre o universo da consensualidade, em especial, a respeito das tecnologias consensuais de eliminação de controvérsias, pouco se produz no concernente à qualidade das soluções estabelecidas pelos próprios sujeitos para dirimir suas desavenças, e, menos ainda, se discute sobre os limites da jurisdição voluntária no que tange à sua competência para homologar acordos e transações entre as partes.

Este escrito teve por objetivo contribuir com o debate acerca dessa temática, apontando situações hipotéticas de colisão entre a autonomia privada e outros valores transcendentais de ordem pública, indicando, também, a utilização da máxima da proporcionalidade como critério adequado para a eliminação de tais dilemas.

Conclui-se, nesses termos, com a ideia de que ao juiz, em determinadas situações, é possível relativizar a liberdade consensual dos sujeitos do processo e recusar homologação a pedidos de acordo ou transação, atribuindo precedência a outros princípios e valores que, no caso concreto, exijam proteção mais acentuada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito; o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 20/06/2018.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, ano 13, n. 17, p.11-23, jan./dez. 2015.

CEZNE, Andrea Narriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Internacional**. v. 13, n. 52, p.51-67, jul/set. 2005





DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: ano 35, nº 187, set. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e da conciliação. **Revista da Informação legislativa**. Brasília: ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

GUERREIRO, Luiz Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota. **A Transação no Processo Civil Brasileiro: Enfoque Sobre o Ato Judicial Homologatório / Daniel Mota Gutierrez**. – 2013. 200f.: il. Tese (Doutorado) – Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2013.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota; CUNHA, Janio Pereira. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da audiência de conciliação e de mediação. Efetivação dos meios equivalentes e Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza: ano 13, n. 17, jan./dez. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Revista do interesse Público – IP**, Belo Horizonte: ano 12, n. 60, mar/abr. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual civil: uma contribuição para o seu reexame. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro: Forense, p. 47-72, mai/jun. 2002.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. v. 6 São Paulo: Atlas, 2015.