

Recurso *per saltum* negocial: convenção processual para supressão de instância*

Negotiated per saltum appeal: procedural agreement to withdraw legal instances

Antônio do Passo Cabral**

RESUMO

O presente texto analisa, a partir da cláusula geral de negociação processual do art.190 do CPC/2015, se é possível às partes estabelecer, por meio de uma convenção processual, que um recurso "salte" a segunda instância, permitindo-se impugnar uma sentença diretamente no STJ ou no STF. Trata-se do exame dos chamados acordos processuais de ultrapassagem de instância, também denominados recursos *per saltum*, e de sua compatibilidade com o sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Recurso especial. Recurso extraordinário. Recurso *per saltum*. Supressão de instância.

ABSTRACT

The current text analyzes, from the general clause of procedural bargaining of art. 190 of Brazilian Code of Civil Procedure (CPC/2015), if it is possible for the parties to establish that an appeal would "jump" the second instance, allowing to contest a sentence directly in the Superior Court of Justice (STJ) or in the Supreme Court of Justice (STF). This is an examination of the so-called instance overriding agreements, also known as *per saltum* appeals, and their compatibility with the Brazilian procedural system.

Keywords: Legal deal. Special appeal. Extraordinary appeal. *Per saltum* appeals. Judicial instance overriding.

1 Introdução

O CPC/2015 reforçou sobremaneira as possibilidades de as partes, por meio de negócios jurídicos processuais, modificarem o procedimento ou convencionarem sobre as suas situações jurídicas processuais (direitos, ônus, faculdades etc.).

Não se trata propriamente de uma novidade, mas a amplitude com a qual o tema das convenções processuais foi tratado no CPC/2015, especialmente com a edição do art. 190, revigorou o estudo e propulsionou a prática dos negócios jurídicos

processuais. A literatura especializada em direito processual, e também os advogados (tanto de contencioso quanto aqueles que prestam consultoria e confeccionam contratos), passaram a interessar-se não só pela teoria geral dos negócios jurídicos processuais, mas também pelos negócios jurídicos em espécie.

Dentre eles, encontram-se os negócios jurídicos que podem ser celebrados na esfera recursal. Como poderiam as partes interferir no procedimento de um recurso por atos negociais? Quais os limites da convencionalidade nesta seara?

* Artigo publicado no livro DANTAS, Bruno *et al.* *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

** Professor associado de direito processual civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde leciona na graduação, mestrado e doutorado. Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em direito processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em direito público pela UERJ.

Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Sorbonne*). Professor visitante nas Universidades de Kiel e Passau (Alemanha) e na Universidade Ritsumeikan, Quioto (Japão). Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação de Juristas Brasil-Alemanha (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*) e da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales +Verfahrensrecht*. Procurador da República no Rio de Janeiro.

O tema já recebeu tratamento em alguns interessantes artigos, embora até o presente momento não exista um trabalho monográfico a respeito.

Neste pequeno ensaio, não buscaremos tratar de todas as possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais que interfiram no processamento de recursos; nosso escopo será mais modesto. Queremos estudar apenas um problema: é válido um acordo processual que suprima uma instância na cadeia recursal? Vale dizer, seria possível prever, em uma convenção processual, que o recurso da sentença fosse endereçado diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça sem que o litigante tivesse que transitar por todas as instâncias recursais?

2 A tradição de negar a possibilidade de flexibilização das regras de competência funcional. A flexibilização da competência na execução como mudança de paradigma

O conceito de “competência funcional”, aquela que é repartida entre diversos órgãos a partir das funções exercidas em uma mesma causa,¹ tanto horizontalmente (várias fases do mesmo processo, cognição-execução p. ex.), quanto verticalmente (competência recursal),² foi entre nós resultado da influência de Giuseppe Chiovenda, a quem é atribuída a iniciativa de primeiro introduzir a categoria da competência funcional no direito processual italiano quando analisou a regra que define o juízo do recurso.³

Não obstante, como observa Dinamarco, a expressão “competência funcional” em verdade tem origem alemã,⁴ tendo Frederico Marques atribuído sua primeira formulação a Adolf Wach.⁵ Mas ninguém duvida que Chiovenda *ampliou* o conceito de competência funcional. Segundo o professor italiano, as regras de competência baseadas no critério funcional abrangem também a divisão de competência entre os órgãos dos processos de cognição e execução, do juízo cautelar em relação ao juízo do processo de conhecimento posterior, e todas as causas em que é fixado um local onde o exercício de determinada função jurisdicional seria mais eficiente⁶ (ao que, tanto na Itália quanto no Brasil, chama-se de competência “territorial-funcional”,⁷ embora talvez se trate de um critério verdadeiramente territorial).⁸

Pois bem, no Brasil, existe amplo entendimento na doutrina e na jurisprudência no sentido de negar a convencionalidade a respeito de regras de competência

de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2. ed., 1974, p. 180-181, 212 ss; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 25. ed., 2007, p. 212, 247 ss.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, vol. I, 8. ed., 2016, p. 619.

⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 4. ed., 1971, p. 284. No manual de Wach, a categoria era definida nesses exatos termos. WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, vol. 1, 1885, p. 393 ss.

⁶ Na execução, p. ex., onde está a maior parte dos bens; na falência, no local do principal estabelecimento comercial etc.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1969, p. 483-490, 525-534. Sobre o tema, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, vol. 2, 2015, p. 63; MALACHINI, Edson Ribas. A “perpetuatio iurisdictionis” e o desmembramento de comarca. *Revista de Processo*, vol. 47, jul.-set., 1987, p. 276-279. Na jurisprudência, afirmando que, em caso de conflito de competência, para fomentar a eficiência da prestação jurisdicional, deve prevalecer o caráter funcional da competência do foro do local do dano, tal como definido em lei: TRF1 – CC 0019527-84.2011.4.01.0000/MA, rel. Des. Fed. João Batista Moreira, j. 28/06/2011; CC 0041541-91.2013.4.01.0000/MG, rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas, j. 20/05/2014.

⁸ Confira-se a crítica ao qualificativo “territorial-funcional” em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública. In MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 247-255; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 106 ss; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, vol. 1, 18. ed., 2016, p. 218-219.

¹ RASCIO, Nicola. In tema di competenza funzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 136; CARNELUTTI, Francesco. Competenza interna e competenza per delegazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XI, parte I, 1934, p. 352. No Brasil, por todos, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 16. ed., 2009, p. 227; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 5. ed., 2015, p. 132; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 98; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 4. ed., 1971, p. 272, 283, 312; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Competência: distribuição por dependência. *Revista de Processo*, ano 5, vol. 19, jul.-set., 1980, p. 215; BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: RT, 2004, p. 67.

² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 5. ed., 2015, p. 132-134; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, vol. 1, 18. ed., 2016, p. 218.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e competenza. In *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol. II, 1993, p. 423. Grande foi a adesão na doutrina brasileira a essas premissas no sistema processual anterior. MARQUES, José Frederico. *Manual*

fixadas com base no critério funcional.⁹ Diz-se que as competências funcionais seriam sempre “absolutas”, por estarem baseadas no interesse público de divisão de trabalho entre os diversos juízos e tribunais.¹⁰

Essa pressuposição fez com que sempre se impedisse a reunião de causas conexas quando a conexão fosse determinar mudança da competência funcional;¹¹ e que se proibisse a cumulação de demandas submetidas a procedimentos diversos se um deles tivesse competência determinada funcionalmente.¹²

Porém, essa visão da inflexibilidade da competência funcional começa a mudar. Algumas vezes, no estrangeiro, já questionaram se a inderrogabilidade da competência funcional não deveria ser repensada.¹³

Ademais, se a norma de competência funcional pode ser até mesmo implícita ou extraída do ordenamento por atividade interpretativa,¹⁴ só seria

inderrogável se a lei fosse expressa a respeito ou porque tal conclusão pela impossibilidade de flexibilização inequivocamente decorresse do sistema normativo.¹⁵ Inflexibilidade e inderrogabilidade jamais poderiam ser afirmadas como características inerentes a esse tipo de regra de competência independentemente de uma mirada sobre o direito positivo.¹⁶

E a legislação do Brasil, no nosso entendimento, tem evoluído no sentido de um menor rigor e mais adaptabilidade das competências funcionais. Após as últimas reformas do CPC/1973, em dispositivo repetido e ampliado no CPC/2015 (art. 516, parágrafo único),¹⁷ a competência funcional da execução foi flexibilizada: o autor pode escolher se ajuíza a execução no foro onde tramitou o processo de conhecimento, ou se opta pelo juízo onde o executado reside ou onde se localize a maior parte de seus bens.¹⁸

Mas, apesar dessa tendência normativa, grande parte da doutrina continua a categorizar a competência

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, vol. 2, p. 61; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 16. ed., 2016, p. 156-157; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, tomo I, 2007, p. 15-16; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 2016, p. 177 ss. No sistema processual anterior, no mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2. ed., 1974, p. 180-181, 212 ss; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 25. ed., 2007, p. 212, 247 ss; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 16. ed., 2009, p. 111; MALACHINI, Edson Ribas. A “perpetuatio iurisdictionis” e o desmembramento de comarca. *Revista de Processo*, vol. 47, jul./set. 1987, p. 275-276.

¹⁰ Na Alemanha, vê-se essa afirmação em SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F.Müller, 7. ed., 1951, p. 146. A improrrogabilidade da competência funcional foi seguida também na doutrina italiana. Por todos, BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. Roma: Il Foro Italiano, 2. ed., 1936, p. 135 ss. Confirma-se a crítica de RASCIO, Nicola. In tema di competenza funzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 137-138, 140, 148-149. De fato, nem na Itália todos os autores assimilam os conceitos de competência funcional e competência absoluta (improrrogável). Cf. SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 13. ed., 2000, p. 29 ss.

¹¹ Confirma-se o debate em LATELLA, Maria Teresa. Conflitto virtuale di competenza (una rilettura delle norme tra passato, presente e futuro). *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 745.

¹² No Brasil, por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, vol. 1, 18. ed., 2016, p. 582; MERLIN, Elena. Connessione di cause e pluralità dei “riti” nel nuovo art. 40 c.p.c. *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 1022-1023.

¹³ LATELLA, op. cit., p. 744, 758 ss.

¹⁴ GAITO, Alfredo. Difetto di attribuzione e giudice naturale. *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 682.

¹⁵ LATELLA, Maria Teresa. Conflitto virtuale di competenza (una rilettura delle norme tra passato, presente e futuro). *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 762, onde afirma: “E il binomio competenza inderogabile perché funzionale, nel sistema processuale vigente, è sinonimo di inderogabilità o perché tale carattere le è espressamente attribuito da norme specifiche (cf. art. 28 c.p.c.), o perché si ricava inequivocabilmente dalla legge [...]”. Al di fuori di tali ipotesi si è sottolineata la dubbia utilità del concetto di competenza funzionale [...], quanto meno ove la si assimili ad una tipologia assoluta di competenza. [...] Poiché allora, fuori delle ipotesi tassativamente previste, un concetto di competenza funzionale equivalente ad inderogabile diventa errato [...]”. (Tradução: “E o binômio competência inderrogável porque funcional, no sistema vigente, é sinônimo de inderrogabilidade ou porque tal característica lhe é expressamente atribuída por normas específicas (cf. art. 28 do CPC), ou porque se extrai inequivocamente da lei [...]. Além de tais hipóteses se salienta a duvidosa utilidade do conceito de competência funcional [...], quanto menos quando se lhe assimila a uma tipologia absoluta de competência. [...] Pois que, fora das hipóteses taxativamente previstas, um conceito de competência funcional equivalente e inderrogável torna-se errado.”)

¹⁶ Correto TARZIA, Giuseppe. Connessione di cause e processo simultaneo. In: *Pregiudizialità e connessione nel processo civile: Atti del XVI° Convegno Nazionale dell’Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*. Rimini: Maggioli, 1989, p. 76.

¹⁷ De fato, se comparamos o art. 475-P do CPC/1973 com o art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, veremos que na nova legislação houve ampliação da flexibilização da competência funcional na execução também para as hipóteses do inciso III, quais sejam, das execuções de sentença arbitral, sentença estrangeira e execução civil de sentença penal condenatória.

¹⁸ GRECO, Leonardo. A reforma da execução a partir do Código de 2015. 2016, p. 8 (documento mimeografado apresentado em conferência ou palestra); ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 356-357.

funcional, em qualquer caso, como absoluta e inderrogável.¹⁹

Em nosso sentir, deve-se mais e mais conjugar as regras do direito positivo com a principiologia do sistema de competências, unindo garantias e eficiência na moldura permitida pelo juiz natural.²⁰ Nesta toada, não cabe mais falar em “competências funcionais inderrogáveis”.

Se o ordenamento distribui competências tendo em vista uma divisão ótima de trabalho, a busca pelo juízo natural impõe a análise da competência adequada para cada processo e para cada ato processual.²¹ Nesse sentido, *toda competência é funcional*; e só a interpretação e o manejo mais flexível e adaptável das competências poderão funcionalizá-la para atingir os escopos de proteção dos direitos individuais e consecução do acesso à justiça, com a prestação da tutela jurisdicional eficiente e adequada.

Coerente com essa premissa, o exemplo da competência para o cumprimento de sentença, antigamente atrelada ao juízo do conhecimento, hoje flexível e modificável pela vontade do exequente (art. 516, parágrafo único, do CPC),²² é importante porque mostra que algumas regras de competência funcional

já são flexíveis e estão submetidas à vontade das partes.²³

Sendo assim, e seguindo a lógica de que, toda vez que uma opção procedimental negocial seja oferecida pelo sistema processual a uma das partes, que essa opção também possa ser implementada por meio de convenção, defendemos ser possível que a competência da execução²⁴ seja definida por acordo processual (prévio ou incidental).²⁵

Portanto, não é de se excluir, *a priori*, a possibilidade de que as partes disponham sobre a competência recursal (competência funcional vertical) por convenção ao argumento de que se trata de norma de competência fixada por critério funcional.

3 Os acordos de ultrapassagem de instância (competência recursal *per saltum*)

Ultrapassada essa questão, cabe indagar se seria cabível, por exemplo, um acordo pelo qual as partes convencionassem suprimir uma instância na cadeia

¹⁹ Por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 16. ed., 2016, p. 156-157; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, tomo I, 2007, p. 15-16; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 2016, p. 177 ss.

²⁰ Assim sustentamos em nossa tese. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada como requisito para Concurso Público de Professor Titular de Direito Processual Civil, 2017, *passim*.

²¹ Sobre a competência adequada, as capacidades institucionais e a competência *ad actum*, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada como requisito para Concurso Público de Professor Titular de Direito Processual Civil, 2017, cap. 5. Dinamarco, em sentido similar, fala numa “interligação funcional” das regras de competência para a harmonia do sistema. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, vol. I, 8. ed., 2016, p. 612 ss.

²² ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 356-357. Alguns autores já atentaram para a flexibilização da competência executiva, mas continuam referindo-a como sendo absoluta e improrrogável. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, vol. 5, 6. ed., 2014, p. 222.

²³ Essa também é a conclusão de Wagner para o ordenamento alemão, tentando desconstruir, também por lá, a impressão de que todas as regras de competência funcional seriam inderrogáveis. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 556 ss. Na página 568, afirma “Somit hat sich der Satz, die funktionelle Zuständigkeit sei der Parteidisposition generell entzogen [...] als unbegründet erwiesen”. (Tradução: “Por isso, a afirmação de que a competência funcional seja retirada da disposição das partes provou-se *infundada*”, grifo no original.) Note-se que o § 349, alínea 3, da ZPO permite que as partes acordem que, ao invés do órgão colegiado em matéria comercial, o presidente da câmara julgue por decisão unipessoal. Trata-se de uma convenção para atribuição de competência a um órgão monocrático. Dispõe a ZPO: § 349 (3): “Im Einverständnis der Parteien kann der Vorsitzende auch im Übrigen an Stelle der Kammer entscheiden”. (Tradução: “Se as partes concordarem, pode o presidente decidir em lugar da câmara”).

²⁴ Não só da execução de título extrajudicial, onde já há acordo típico (art. 781, I, do CPC), mas também do cumprimento de sentença, a partir da flexibilização permitida pelo art. 516, parágrafo único, do CPC.

²⁵ Heitor Sica, endossando entendimento do STJ, afirma que ao litigante (no caso não se fala em convenção, mas da opção do exequente) não é dado dirigir-se diretamente ao juízo de sua preferência, dentre aquelas alternativas legais. Seria necessário que primeiro se solicitasse tal “desaforamento” ao “juiz natural” (que aqui se presume ser o juízo do processo de conhecimento). SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentário ao art. 516. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2016, p. 810. Não podemos concordar. Em havendo alternatividade, parece-nos que não há um único juízo natural; este será aquele que as partes convencionarem ou que o exequente optar (submetida essa escolha, evidentemente, ao controle da competência adequada). Equivocado, no ponto, o STJ – REsp 1119548/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 01/09/2009.

recursal. São os chamados *acordos de ultrapassagem de instância*.

3.1 Impossibilidade de supressão da primeira instância com criação convencional de competência originária

Caso se trate do *primeiro grau* de jurisdição, se o acordo determinar que o processo deverá começar diretamente nos tribunais, pensamos que tal convenção seria inválida, por vários motivos.

Primeiramente, as partes não poderiam iniciar o processo em uma instância recursal porque o primeiro grau de jurisdição — seja a primeira, seja a segunda instância (nas hipóteses de competência originária dos tribunais) — é destinado à investigação fática primária, em contato direto com as partes, algo que nos parece imprescindível no quadro do princípio do devido processo legal.

Por outro lado, as partes não poderiam criar convencionalmente uma competência originária. De fato, existem razões de administração judiciária para que as causas sejam atribuídas, no Brasil, a juízos singulares (monocráticos) na primeira instância. Ao contrário das instâncias recursais, a primeira instância não possui órgãos colegiados. No limite, se todas as causas, por acordo das partes, fossem levadas aos tribunais em primeiro grau de jurisdição, provavelmente o sistema judiciário não daria vazão à enorme quantidade de processos. A convenção das partes poderia impor custos (materiais e humanos) excessivos ao Judiciário.²⁶

Ademais, no direito processual brasileiro, as hipóteses de competência originária dos tribunais, aquelas em que o primeiro grau de jurisdição ocorre na segunda instância, são visivelmente excepcionais, e por vezes decorrem de previsões taxativas (*numerus clausus*) estabelecidas pela Constituição.

Por todas essas razões, uma convenção que suprimisse a primeira instância não seria admissível.

3.2 Possibilidade de recurso extraordinário *per saltum*. Inadmissibilidade de recurso especial contra decisão de primeira instância

Mas nossa conclusão se inclina para outro resultado quando os convenientes pretenderem suprimir uma *instância intermédia* na cadeia recursal, isto é, estabelecer um recurso *per saltum*.

A possibilidade existe no estrangeiro. Na Argentina, admite-se recurso da sentença de primeiro grau diretamente para a Suprema Corte, desde que respeitadas certos pressupostos.²⁷

Na França, as partes podem por acordo processual renunciar à instância de apelação (art. 41 do *Code de Procédure Civile*).

Em Portugal, admite-se que as partes acordem que o recurso de revista *per saltum* será direcionado diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 678 do CPC de 2013).²⁸

Na Itália, depois das alterações de 1990 no *Codice di Procedura Civile* em matéria de competência, as regras funcionais recursais também passaram a poder ser objeto de acordo processual. A lei italiana (arts. 339 e 360, segundo *comma*, do CPC) autoriza que as partes convenionem um recurso à Corte de Cassação *omisso medio*, isto é, “saltando” uma potencial apelação.²⁹ Por esse motivo, a doutrina lembra que não é mais correto dizer que não cabem acordos processuais para mudar a competência funcional.³⁰

Na Alemanha, o § 566 da ZPO prevê um recurso de revisão *per saltum* (*Sprungrevision*), utilizada para impugnar nos tribunais superiores decisões de primeiro grau de jurisdição no lugar da apelação (*Berufung*), e cuja admissibilidade pode ser definida pelo acordo dos litigantes de pular um grau de jurisdição. A doutrina invoca essa possibilidade como um exemplo de que

²⁶ A questão, portanto, não nos parece girar em torno da constitucionalidade ou não de um procedimento em instância única; tampouco na “obrigatoriedade” de uma dupla revisão. Divergimos da abordagem de OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2. ed., 2016, p. 571-573.

²⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, vol. III, 2014, p. 504.

²⁸ A disposição não é nova, e já existia no art. 725 do Código de Processo Civil de 1961.

²⁹ RASCIO, Nicola. In tema di competenza funzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 169.

³⁰ RASCIO, Nicola. In tema di competenza funzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 149-150, 161-163, chamando atenção para que não há, no atual código italiano, a associação que havia no código anterior de 1865 entre “competência inderrogável” e “competência cognoscível de ofício”.

a competência funcional pode ser flexibilizada por convenção.³¹

No Brasil, temos cláusula constitucional bem específica para o cabimento de recurso especial para o STJ, destinado a impugnar decisão judicial em única ou última instância proferida por “tribunais” (art. 105, III). Por esse motivo, não seria possível que as partes, por convenção processual, disciplinassem um recurso especial *per saltum*, porque o recurso especial estaria sendo direcionado à decisão do juiz da primeira instância, e não contra uma decisão de um “tribunal”.

Porém, a mesma restrição não se encontra no texto constitucional para o recurso extraordinário (art. 102, III, da CR).³² Assim, inexistente o óbice textual, é possível que haja recurso extraordinário *per saltum* convenionado pelas partes.

Não obstante, a doutrina se divide acerca da possibilidade do recurso extraordinário *per saltum*. Julia Lipiani e Marília Siqueira argumentam contrariamente, afirmando: que se trata de regra de organização judiciária, fora da disposição das partes; que o recurso extraordinário, no sistema processual brasileiro, deve ser interposto apenas “em último caso”, de modo que a existência de instâncias inferiores serve para filtrar a chegada dos recursos ao STF, sem o que o tribunal ficaria muito assoberbado; e que um tal recurso esbarraria no princípio da igualdade, porque alguns litigantes teriam mais vantagem que outros por acessarem mais rapidamente o STF.³³ Não concordamos com os argumentos.

Em outro trabalho, expusemos nossa ideia sobre a possibilidade de flexibilização das regras de organização judiciária, na esteira do que pretendemos ser um sistema de competências mais funcional e adaptável.³⁴ Se assim é, não seria razoável permitir que tal flexibilização se desse apenas unilateralmente pelo

próprio Judiciário. As partes, titulares da garantia do juiz natural, devem poder também ter protagonismo nessa definição.

Note-se que a convenção das partes sobre a competência funcional recursal intermédia interfere na organização judiciária, mas não transfere externalidades (custos) para o Judiciário.³⁵ Wagner salientou este ponto, estabelecendo como princípio que os acordos das partes que impactam a organização judiciária devem ser compreendidos como válidos e eficazes quando *reduzirem* os recursos (materiais e humanos) investidos pelo Judiciário na solução da causa,³⁶ como é o caso da convenção para o recurso extraordinário *per saltum*.

Sob outro ângulo, não nos parece haver, no sistema, uma clara intenção de reduzir o acesso ao STF pelo recurso extraordinário. Ao contrário de muitos outros países, o Brasil é pródigo em abrir os caminhos à Corte Suprema, no que é clara comprovação a desumana — e sem termo de comparação mundial — quantidade de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal anualmente. O sistema processual brasileiro (reforçado pelo CPC/2015 no ponto)³⁷ parece favorecer o acesso ao STF.

Por fim, não nos parece correto o argumento da desigualdade. Há um desvio de perspectiva em considerar que alguns seriam “beneficiados” pelo acesso convencional direto ao STF. Primeiro porque é difícil afirmar que o STF seja um tribunal tecnicamente melhor que outros. Tal generalização, além de arriscada, seria de improvável senão impossível comprovação científica. Talvez tenham Lipiani e Siqueira considerado, no tortuoso sistema recursal

³¹ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 563 ss.

³² O próprio STF admite recurso extraordinário de decisões proferidas por turma recursal dos juizados especiais, embora não sejam efetivamente “tribunais” (verbete 640 da Súmula do STF).

³³ LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 471-472.

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada como requisito para Concurso Público de Professor Titular de Direito Processual Civil, 2017, p. 414 ss, 431-438.

³⁵ A transferência de externalidades negativas a terceiros é um critério que sugere a invalidade da convenção. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 328 ss.

³⁶ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 570: “Auf dieser Grundlage kann als *allgemeines Prinzip* formuliert werden, daß Parteidispositionen über die funktionelle Zuständigkeit anzuerkennen sind, soweit die Parteien damit nicht *mehr* Justizressourcen für sich in Anspruch nehmen, als ihnen nach der Legalordnung zustünde”. (Tradução: “A partir dessas premissas, pode ser formulado como *princípio geral* que a disposição das partes sobre a competência funcional deve ser reconhecida, a menos que as partes reivindiquem para si *mais* recursos do sistema de Justiça do que lhes seria garantido pelo ordenamento jurídico”. Grifo do autor.)

³⁷ De fato, combatendo a chamada “jurisprudência defensiva” dos tribunais superiores, o CPC/2015 procura sempre viabilizar a admissibilidade dos recursos excepcionais, reduzindo ou eliminando os obstáculos formais.

brasileiro, a longa estrada que se deva percorrer até o trânsito em julgado, e, nessa lógica, quanto mais rápido se chega ao STF, mais se aproxima do fim dos recursos, e “melhor”, portanto, seria a situação das partes. No entanto, imaginar que isso seja sempre uma vantagem também soa equivocado porque não se sabe como o STF decidirá a matéria, nem quanto tempo demorará para decidi-la: chegar rapidamente não significa obter rapidamente uma decisão ou obter uma decisão de maior qualidade. Além disso, como comparativamente não se pode precisar quão perto estariam outros litigantes, em outros processos, do trânsito em julgado, não há como dizer que aqueles que acessam o STF pelo recurso *per saltum* teriam uma “vantagem” em relação a todos os demais. É possível que o trânsito em julgado tenha sido anteriormente observado em muitos processos. Por tudo isso, não é correto o argumento da desigualdade porque não se pode ter certeza acerca de qualquer “vantagem”.

Por fim, é de lembrar que uma das funções precípua das convenções processuais é tornar o procedimento mais adequado às necessidades dos convenentes. Ora, se isso faz do procedimento convencional algo “melhor”, e se essa “vantagem” gerasse desigualdade se comparado aquele procedimento com o decorrente da incidência das normas legais, então todos os acordos processuais deveriam ser compreendidos como inválidos por levarem a um benefício específico para aqueles acordantes que não é estabelecido em favor de todos os jurisdicionados. À evidência, o argumento não se sustenta: as partes que celebram um negócio jurídico processual têm esse direito; e se o resultado lhes beneficia é sinal de que atuaram com eficiência, utilizando legitimamente os instrumentos processuais que lhes convêm.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha também negam a convencionalidade da ultrapassagem de instância por dois fundamentos. Primeiramente, por tratar-se de competência funcional, que seria, em seu modo de ver, absoluta e inderrogável. Em segundo lugar, afirmam os autores que as partes estariam deliberando sobre o cabimento do recurso extraordinário, que seria matéria submetida à reserva de lei.³⁸

³⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, vol. 3, 13. ed., 2016, p. 354-355.

Discordamos dos colegas. De um lado, já mostramos que essa associação entre competência funcional e inderrogabilidade não é correta, e que existem regras funcionais de fixação de competência flexíveis negocialmente. Além disso, o recurso *per saltum* não seria propriamente uma convenção cujo objeto seja o cabimento do recurso extraordinário. Ao revés, o cabimento permanece intocado pela norma convencional, e continua regido totalmente pela Constituição. Vejamos o enunciado normativo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ora, observando o dispositivo constitucional, a pergunta é: qual ponto da convenção disciplina diferentemente o cabimento dos recursos extraordinários? Nenhum. As partes apenas renunciam à apelação,³⁹ tornando a decisão de primeira instância aquela de “última instância”. Assim fazendo, preenchem o suporte fático já existente na Constituição, o que abre a via do recurso extraordinário.⁴⁰ O cabimento fica intocado. Portanto, a convenção, em nosso sentir, é válida.

Não obstante a validade da convenção, o recurso extraordinário *per saltum* não transforma o recurso extraordinário em uma apelação, tampouco altera a função do STF como corte de vértice, responsável primordialmente pela atividade de guarda da

³⁹ As partes podem renunciar aos recursos, isso ninguém discute (art. 999 do CPC). E afinal de contas, a cognição do recurso (que é voluntário) está submetida, em grande medida, à disposição e iniciativa das partes, que são responsáveis a delimitar a extensão do efeito devolutivo. Nesse sentido, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 567-568.

⁴⁰ É também o posicionamento de OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, vol. III, 2014, p. 508-509.

Constituição e uniformizador da interpretação do direito.

Os requisitos e características do recurso extraordinário se mantêm: por exemplo, só podem ser veiculadas questões de direito, não sendo possível atribuir às instâncias excepcionais a apreciação de fatos,⁴¹ exige-se demonstração de repercussão geral, prequestionamento etc.⁴²

Também não se pode suprimir o exame da admissibilidade do recurso na origem. A diferença é que o primeiro juízo de admissibilidade do recurso extraordinário convencionado será realizado pelo juízo de primeira instância, tal como se entende na jurisprudência para o recurso extraordinário contra decisão do juiz de primeiro grau em embargos infringentes na execução fiscal de valor inferior a 50 ORTNs.⁴³ A hipótese foi sumulada pelo STF (verbete 640).

4 Conclusão

As breves linhas aqui expostas têm como objetivo lançar mais uma reflexão ao já pujante debate sobre as convenções processuais em matéria recursal, especificamente em relação aos acordos para ultrapassagem de instância.

O resultado da pesquisa demonstra que, embora exista óbice à supressão da primeira instância, o mesmo não se observa para as instâncias intermédias. É preciso, porém, mirar o direito positivo.

No sistema brasileiro, ao contrário de outros países, não é possível interpor recursos especiais, para o STJ, saltando a instância de apelação. Todavia, como não há óbice normativo, é possível a interposição de recurso extraordinário *per saltum*.

5 Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴¹ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 569.

⁴² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, vol. III, 2014, p. 510.

⁴³ TJ/RJ – Agravo de Instrumento 0031443-76.2014.8.19.0000, rel. des. Elton Leme, j. 29/09/2014.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Roma: Il Foro Italiano, 1936.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da Justiça Federal e dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada como requisito para Concurso Público de Professor Titular de Direito Processual Civil – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Competenza interna e competenza per delegazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 11, pt. 1, 1934.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e competenza. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli: Jovene, 1969.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 5.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GAITO, Alfredo. Difetto di attribuzione e giudice naturale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 55, n. 3, p. 665-694, iuglio/sett. 2000.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.
- LATELLA, Maria Teresa. Conflitto virtuale di competenza (una rilettura delle norme tra passato, presente e futuro). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 51, n. 1, 744-769, 1996.
- LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MALACHINI, Edson Ribas. A “perpetuatio iurisdictionis” e o desmembramento de comarca. *Revista de Processo*, ano 12, n. 47, jul./set. 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MERLIN, Elena. Connessione di cause e pluralità dei “riti” nel nuovo art. 40 c.p.c. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 48, n. 1, p. 1021-1029, 1993.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Competência: distribuição por dependência. *Revista de Processo*, ano 5, v. 19, jul./set. 1980.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3.
- RASCIO, Nicola. In tema di competenza funzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 48, n. 1, p. 136-174, 1993.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000.
- SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. 7. ed. Karlsruhe: C.F.Müller, 1951.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentário ao art. 516. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TARZIA, Giuseppe. Connessione di cause e processo simultaneo. In: *Pregiudizialità e connessione nel processo civile: Atti del XVI° Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*. Rimini: Maggioli, 1989.
- WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885. v. 1.
- WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.