

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO - UNAERP
FACULDADE DE DIREITO LAUDO DE CAMARGO
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

RENATO BRITTO BARUFI

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NAS AÇÕES
COLETIVAS: UMA ANÁLISE DOS LIMITES AO AUTORREGRAMENTO
DAS PARTES

RIBEIRÃO PRETO
2022

RENATO BRITTO BARUFI

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NAS AÇÕES
COLETIVAS: UMA ANÁLISE DOS LIMITES AO AUTORREGRAMENTO
DAS PARTES

Dissertação apresentada à
Universidade de Ribeirão Preto
UNAERP, como requisito parcial para
a obtenção do título Mestre em
Direito.

Orientador: Ricardo dos Reis Silveira

RIBEIRÃO PRETO
2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

BARUFI, Renato Britto, 1989-
B295n Negócios jurídicos processuais atípicos nas ações coletivas:
uma análise dos limites ao autorregramento das partes / Renato
Brito Barufi. -- Ribeirão Preto, 2023.
131 f. : il. color.

Orientador: Prof.º Dr.º Ricardo dos Reis Silveira.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Mestrado em Direito, 2023.

1. Direito processual coletivo - Brasil. 2. Negócio jurídico
processo. II. Título.

CDD 340

RENATO BRITTO BARUFI

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NAS AÇÕES COLETIVAS:
UMA ANÁLISE DOS LIMITES AO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 25 de abril de 2022

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

RICARDO DOS REIS
SILVEIRA:03666116663

Assinado de forma digital por
RICARDO DOS REIS
SILVEIRA:03666116663
Dados: 2023.05.12 13:26:52 -03'00'

Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
Presidente
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP



Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz de Lima
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Cláudio Iannotti da Rocha
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

RIBEIRÃO PRETO
2022



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
CLAUDIO IANNOTTI DA ROCHA - SIAPE 3044755
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 12/05/2023 às 13:42

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/709697?tipoArquivo=O>

Dedico este trabalho a Thalandra e o ao Augusto,
vocês são a razão do meu viver

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por estar sempre me iluminando.

À minha esposa Thalandra e meu filho Augusto, por me permitirem tirar um bom tempo para me dedicar a conclusão deste trabalho. Agradeço também a minha mãe e ao meu pai por sempre me incentivarem na busca incessante pelo conhecimento.

Agradeço aos professores do curso e à UNAERP, por me possibilitarem vencer essa etapa.

Aos meus colegas de turma, especialmente a Oniye e o Alexandre, que, sem vocês, eu não teria conseguido chegar nem até a metade desse caminho.

Ao Prof. Zaiden Geraige Neto, por ter me apresentado o processo coletivo e me conduzido em estudos aprofundados sobre o tema, sua perda foi de uma tristeza incomensurável.

E ao Prof. Ricardo dos Reis Silveira, que me auxiliou muito na publicação de artigos e carinhosamente aceitou a árdua tarefa de me orientar com o trabalho já em andamento.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 190 um instrumento inovador não previsto nas legislações processuais anteriores. O dispositivo passa a admitir expressamente a utilização dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos, uma cláusula geral aberta que possibilita aos litigantes a criação de qualquer espécie de acordo visando estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Considerando a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil nas ações em que se pretende tutelar direitos coletivos, a problemática da presente pesquisa funda-se exatamente em avaliar a aplicação das convenções processuais nas ações coletivas e quais as limitações na sua utilização. A justificativa da pesquisa reside na necessidade de se estabelecer os parâmetros mínimos a serem observados pelos litigantes quando da utilização dos negócios processuais em demandas coletivas, uma vez que, a ampla liberdade ao autorregramento da vontade das partes pode levar o instituto a se tornar um avalista para a violação de direitos transindividuais. No desenvolvimento, optou-se pelo método dedutivo e por técnica de pesquisa essencialmente bibliográfica. O trabalho foi dividido em 5 capítulos, da seguinte forma: O primeiro deles analisa a figura dos direitos coletivos e sua tutela em juízo; O segundo se ocupa em estudar a figura dos negócios jurídicos processuais atípicos no direito brasileiro; O terceiro examina a aplicação das convenções processuais nas ações coletivas, em especial a compatibilidade do instituto com o processo coletivo; O quarto capítulo examina a figura central do trabalho, qual seja, responder o questionamento de quais seriam os limites objetivos e subjetivos para utilização dos negócios processuais nas ações coletivas; O quinto, por fim, traz exemplos de convenções processuais que poderão ser utilizados na prática. De forma conclusiva, observou-se que os negócios processuais se apresentam como um importante instituto capaz de adaptar o procedimento para a efetiva tutela judicial dos direitos coletivos, caso observada a intangibilidade do direito material, as regras específicas do microssistema de tutela coletiva e a preservação do núcleo essencial do processo coletivo.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual. Processo Coletivo. Adaptabilidade. Compatibilidade. Limitações.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code of 2015 brought in its article 190 an innovative instrument not provided for in previous procedural laws. The provision expressly admits the use of so-called atypical procedural legal transactions, an open general clause that allows litigants to create any kind of agreement aimed at stipulating changes in the procedure to adjust it to the specifics of the case and agree on its burdens, powers, faculties and procedural duties. Considering the possibility of applying the Code of Civil Procedure in actions in which collective rights are intended to be protected, the problem of this research is based precisely on evaluating the application of procedural conventions in collective actions and what are the limitations in their use. The research justification lies in the need to establish the minimum parameters to be observed by litigants when using procedural business in collective demands, since the broad freedom to self-regulate the will of the parties can lead the institute to become a guarantor for the violation of trans-individual rights. In the development, we opted for the deductive method and for an essentially bibliographic research technique. The work was divided into 5 chapters, as follows: The first one analyzes the figure of collective rights and their protection in court; The second is concerned with studying the figure of atypical procedural legal transactions in Brazilian law; The third examines the application of procedural conventions in collective actions, especially the compatibility of the institute with the collective process; The fourth chapter examines the central figure of the work, that is, answering the question of what would be the objective and subjective limits for the use of procedural business in class actions; The fifth, finally, brings examples of procedural conventions that can be used in practice. Conclusively, it was observed that the procedural business presents itself as an important institute capable of adapting the procedure for the effective judicial protection of collective rights, if observed the intangibility of the substantive right, the specific rules of the collective protection microsystem and the preservation the essential core of the collective process.

Keywords: Procedural legal business. Collective Process. Adaptability. Compatibility. Limitations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS DIREITOS COLETIVOS E SUA TUTELA EM JUÍZO	14
2.1 AS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS	15
2.1.1 Os direitos difusos	17
2.1.2 Os direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	18
2.1.3. Os direitos individuais homogêneos	19
2.2 A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COLETIVO VIOLADO COMO FATO PREPONDERANTE NA DISTINÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO	20
2.3 ASPECTO HISTÓRICO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA	21
2.4 O MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL	25
2.5 A LEGITIMAÇÃO PARA DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS EM JUÍZO	27
2.6 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	32
3 OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	35
3.1 A NATUREZA PÚBLICA DO DIREITO PROCESSUAL E A QUEBRA DE DOGMAS DO HIPERPUBLICISMO PROCESSUAL	35
3.2 FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL	38
3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO FATO JURÍDICO E SUAS CLASSIFICAÇÕES	42
3.4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO CATEGORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL	44
3.5 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ANTERIORES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	47

3.6 A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PREVISTA NO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	51
3.7 O OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	55
3.8 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	56
3.8.1 Plano de existência.....	57
3.8.2 Plano de validade.....	58
3.8.3 Plano de eficácia.....	63
4. APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NAS AÇÕES COLETIVAS	65
4.1 APLICAÇÃO DO CPC/15 AO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO.....	65
4.2 A COMPATIBILIDADE DO ART. 190 COM AS REGRAS E PRINCÍPIOS DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO	66
4.3 AUTOCOMPOSIÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS PROCESSOS COLETIVOS, UMA ANÁLISE NECESSÁRIA PARA UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	75
4.4 ALCANCE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA	80
5. OS LIMITES DO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES NAS LIDES COLETIVAS	83
5.1 A NECESSIDADE DE SE IMPOR LIMITES AO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES	84
5.2 LIMITES OBJETIVOS DE VALIDADE	86
5.2.1 Intangibilidade do direito material.....	88
5.2.2 Matérias submetidas à reserva legal e regras específicas previstas no microssistema de tutela coletiva	91
5.3.3 Preservação do núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo.....	93
5.3.4 Proposta de Antonio do Passo Cabral para concretização da cláusula geral.....	96
5.4 DOS LIMITES SUBJETIVOS: LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA PARA FIRMA CONVENÇÃO PROCESSUAL.....	97
5.5. LIMITES SUBJETIVOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL.....	98
5.6. CONTROLE JUDICIAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM AÇÃO COLETIVA	99
5.7 CONTROLE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	104
6. COVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NO PROCESSO COLETIVO.....	106
6.1. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE CUSTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS PERICIAIS	106
6.2. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE PROVA	108
6.3. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA PARA CIENTIFICAÇÃO DOS LESADOS INDIVIDUAIS ACERCA DA AÇÃO COLETIVA	111
6.4. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE O TRANSPORTE <i>IN UTILIBUS</i> DA COISA JULGADA COLETIVA.....	113

6.5. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE A COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E ALTERAÇÃO DOS PRAZOS LEGAIS.....	114
6.6 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA DE PROMESSA DE NÃO PROCESSAR (<i>PACTUM DE NON PETENDO</i>).....	116
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS.....	121

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual visto como mero apêndice do Direito Material, viu crescer a sua autonomia científica na segunda metade do século XIX, o que foi de vital importância para o desenvolvimento dos estudos da relação jurídica processual¹.

Por muito tempo, prevaleceu o pensamento de um processo rígido, sem qualquer espaço para liberdade, justificado pela sua característica de indisponibilidade, bem como por pertencer ao ramo de Direito Público. Em razão do princípio dispositivo, ajuizada a demanda, todos os demais atos já estavam estabelecidos pela legislação e assim deveriam seguir.

No Brasil, mesmo não havendo dúvidas quanto a possibilidade de convenções a respeito da eleição de foro, suspensão do processo, dilação de prazo, desistência da ação ou de recurso, pouco se havia de pesquisa doutrinária a respeito dos negócios processuais.

Com o anúncio e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15) o pensamento foi mudado, a doutrina nacional passa, após 2010, a se debruçar sobre o estudo relacionado às convenções. E assim, seguindo a tendência já percebida em outros países, o CPC, além de ratificar os já consolidados negócios processuais típicos, estabelece a possibilidade das convenções atípicas em seu artigo 190.

Se, até então a doutrina divergia a respeito da existência dos negócios processuais no Brasil, após a vigência do novo diploma não mais se questiona a possibilidade de as partes, de forma consensual, pactuarem modificações no procedimento legal cuja consequência não se encontra na legislação.

A nova cláusula geral de convencionalização processual se coloca como importante quebra de paradigma e uma alternativa ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando as partes a adaptabilidade de atos com a consequente oxigenação do sistema.

Considerando a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil nas ações em que se pretende tutelar direitos coletivos, a problemática da presente

¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35

pesquisa funda-se exatamente em avaliar quais as limitações objetivas na utilização dos negócios jurídicos processuais atípicos nesse tipo de demanda.

Muito se discute a respeito da efetividade da tutela coletiva em juízo, porquanto os institutos processuais, pensados e criados sob a ótica de ações individuais, pouco se amoldam a complexa tarefa de efetivar a proteção aos interesses coletivos.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de se analisar os parâmetros mínimos a serem observados pelos litigantes quando da utilização dos negócios processuais em demandas coletivas, uma vez que, a ampla liberdade ao autorregramento da vontade das partes pode levar o instituto a se tornar um avalista para a violação de direitos transindividuais.

O trabalho utilizou-se da metodologia dedutiva, por meio de análise da legislação pátria e estrangeira, aliada a pesquisa bibliográfica de revistas científicas, livros, dissertações e teses referente ao assunto. Apesar de a investigação ser preponderantemente analítica e descritiva, objetivou-se desenvolver um estudo crítico e interdisciplinar para que se incentive a utilização das convenções processuais em ações coletivas. Nas palavras de Teori² “o tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional”.

Quanto à divisão dos capítulos, busca-se distribuir o tema escolhido, partindo-se do geral ao específico.

O primeiro capítulo dedica-se à análise pontual acerca da tutela dos direitos coletivos em juízo, estudando a respeito de suas espécies previstas no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, bem como sobre o microssistema de processo coletivo no Brasil, sendo que ao final fez-se necessário pontuações a respeito das especificidades referente a legitimação extraordinária para ajuizamento da ação e o instituto da coisa julgada.

Ultrapassada a análise acerca do processo coletivo, o segundo capítulo foi voltado a traçar os contornos a respeito dos negócios jurídicos processuais atípicos no direito brasileiro a partir do contexto histórico do próprio direito processual. Busca-se conceituar a diferença entre a flexibilização e adaptabilidade

² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivo e tutela coletiva de direitos. 7. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.p. 27

procedimental para explicar que as convenções se situam no âmbito da segunda. Também foi necessário pontuar sobre o Código de Processo Civil de 2015, em especial o artigo 190 que trouxe a possibilidade de alteração procedimental pelas partes.

O terceiro capítulo assimila os aspectos específicos para aplicação dos negócios processuais atípicos nas ações coletivas. Nele pretende-se responder o questionamento se existe compatibilidade entre o instituto em apreço e o microssistema de processo coletivo. Para tanto, foi necessária a análise referente a aplicação do CPC nas demandas transindividuais, bem como algumas considerações a respeito de meios alternativos de resolução de conflito, já que as convenções processuais só serão admitidas em litígios que admitam autocomposição.

O quarto capítulo gira em torno da principal discussão do trabalho, qual seja, estabelecer quais seriam os limites objetivos e subjetivos do autorregramento das partes quando da utilização das convenções processuais nas ações coletivas, sendo ainda abordado o controle judicial dos limites e o controle feito pelo Ministério Público.

Por fim, o último capítulo pretende trazer situações concretas de negócios processuais que podem ser utilizados na prática, visando servir de estímulo para que as partes passem a, de fato, se utilizar do instituto disposto no art. 190 do Código de Processo Civil.

2 OS DIREITOS COLETIVOS E SUA TUTELA EM JUÍZO

A investigação acerca da aplicação das convenções processuais nas ações envolvendo direitos coletivos perpassa necessariamente pela abordagem pontual a respeito de suas espécies previstas no Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte uma análise das especificidades de sua tutela em juízo.

As peculiaridades decorrentes da titularidade dos direitos transindividuais somadas as barreiras impostas para sua defesa em juízo levaram a reformulação do processo civil, que foi concebido pensando no conflito entre particulares e especialmente no interesse individual das partes.

Por tais razões, optou-se por iniciar o presente trabalho com a análise do processo coletivo como um ramo do direito antes de ingressar no campo dos negócios jurídicos processuais.

Para tanto, iniciaremos conceituados os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, em seguida adentraremos nos temas relacionados ao estudo do processo coletivo como o aspecto histórico e pontuações a respeito do microssistema aplicável nas lides transindividuais, para ao final terminar o capítulo explicando a respeito de duas características singulares da tutela coletiva de direitos, a legitimação e o instituto da coisa julgada.

2.1 AS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS

A globalização aliada a evolução da sociedade e da tecnologia trouxeram também uma nova categoria de preocupações à população, preservar o meio ambiente para as futuras gerações tornou-se uma ação necessária. Contudo os novos direitos não foram facilmente identificados e agrupados de forma que pudessem ser devidamente assegurados.

Com o advento do Estado Social de Direito, seguido da massificação da sociedade, observou-se que os direitos individuais até então existentes não se prestavam a proteção de forma eficaz situações em que o prejuízo era coletivo, passando a ganhar destaque o estudo dos direitos transindividuais.

Para tanto, houve uma eminente necessidade de quebra da divisão clássica entre direito público e direito privado³.

A tutela adequada a proteção dos novos direitos passa necessariamente pela sua dimensão estrutural, sem a qual seria impossível vencer barreiras como a afirmação de que não haveria titularidade para sua defesa ou mesmo que a pretensão de determinado grupo não encontra guarida no ordenamento jurídico.

O Brasil optou por conceituar de forma expressa quais seriam esses ditos direitos coletivos. O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor em seu parágrafo único apresenta as três espécies legais: (I) direitos difusos; (II) direitos coletivos; (III) direitos individuais homogêneos.

³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 22-57

Assim como ocorre na legislação utilizaremos a terminologia “interesses ou direitos” como sinônimos, haja vista que o presente trabalho se presta a análise da aplicação dos negócios processuais atípicos nas ações coletivas. Cabe destacar o pensamento de Kazuo Watanabe⁴ sobre a diferenciação na denominação, para o autor não há razão nem prática e nem teórica para se debater acerca da distinção, vez que o CDC utilizou ambas as nomenclaturas justamente para evitar a celeuma.

A correta conceituação dos direitos metaindividuais, entretanto, é de extrema importância para o presente trabalho, uma vez que cada uma de suas espécies apresenta características diversas, especialmente no que tange a titularidade para tutela em juízo e a extensão da coisa julgada, não sendo possível confundi-las.

A clareza da conceituação utilizada pelo CDC sempre foi muito bem assimilada em nosso ordenamento jurídico e será a adotada nesse trabalho frente a ampla aceitação. Contudo nos cabe pontuar acerca da tese doutrinária desenvolvida por Edilson Vitorelli⁵, que tece algumas críticas sobre a definição legal.

Para Vitorelli a delimitação normativa ignora vários graus de complexidade e conflitualidade que impedem um tratamento processual idêntico aos diversos grupos em conflito. Propõe o doutrinador uma nova tipologia⁶ classificada nas

⁴ “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.”. WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forenses Universitária. 1998. p. 623

⁵ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>>. Acesso em 06 jan. 2021

⁶ “1 – Litígios transindividuais globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos transindividuais subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão; 2 – Litígios transindividuais locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam de modo específico, pessoas que não integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos transindividuais subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves do que sobre as pessoas que lhe são externas, o que torna o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica. Essa categoria inclui em segundo círculo, a situações em que, mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os integrantes da sociedade, eles compartilham perspectivas sociais relativamente uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado; 3 – Litígios transindividuais irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos seguimentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado, nesse caso, titularizado pela sociedade elástica composta por pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material subjacente é atribuída em graus variadas, aos indivíduos que compõe a sociedade, de modo diretamente proporcional a gravidade da lesão experimentada.” (VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 99-100.)

características do litígio e não calcada em direitos abstratos, havendo a divisão em três tipos: 1 – Litígios transindividuais globais; 2 – Litígios transindividuais locais; 3 – Litígios transindividuais irradiados.

A nova divisão permitiria uma orientação das categorias processuais coletivas de maneira mais próxima à realidade e considerando as posições das pessoas efetivamente envolvidas no conflito⁷.

Sobre o tema, reconhece Alexandre Magalhães Junior⁸ que a evolução do processo coletivo não está concluída e a análise por meio da tipologia oferecida por Vitorelli contribui para uma maior efetividade na tutela coletiva, mormente pela consideração das peculiaridades dos conflitos em específico e necessidade dos grupos ou subgrupos afetados.

Assim, em que pese a clássica conceituação prevista no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor ser muito bem aceita pela doutrina e jurisprudência pátria, não se pode desconsiderar essa nova corrente que se revela útil a melhor proteção dos direitos transindividuais.

Feitas tais considerações iniciais, passemos a análise específica de cada espécie de direito coletivo prevista no Código de Processo Civil.

2.1.1 Os direitos difusos

Conforme previsão do art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor, direitos difusos são aqueles direitos transindividuais de natureza indivisível e cuja titularidade recai sobre pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato.

Sobre a titularidade Antonio Gidi⁹ esclarece:

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular: uma comunidade, no caso de direitos difusos, uma coletividade

Clarifica Edilson Vitorelli¹⁰:

⁷ Ibid. p. 114-115.

⁸ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção Processual na Tutela Coletiva**. Salvador. JusPodvim, 2020.p.151.

⁹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 23.

A análise da literatura revela que os autores brasileiros parecem, de modo majoritário, atribuir a titularidade dos direitos que o Código de Defesa do Consumidor denominou difusos e coletivos a um ente distinto do Estado, mas, ao mesmo tempo, distinto dos indivíduos que compõem a população nacional

Dessa forma é preciso se atentar que os direitos difusos não são de titularidade do Estado ou mesmo do ente legitimado para defendê-los em juízo, mas sim de toda a coletividade. Ao mesmo tempo que eles são de todos, pensando na coletividade, mas também de ninguém individualmente falando¹¹. Isso faz com que a sua defesa em juízo seja efetivamente mais abrangente.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor ao colocar a coletividade como titular dos direitos difusos é evidentemente impedir que alguém possa dispor de tais direitos prejudicando os demais.

2.1.2 Os direitos coletivos *stricto sensu*

Também de natureza indivisível, mas cuja titularidade pertence a um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, são os direitos coletivos *stricto sensu*.

É de se notar a similitude entre esses direitos e os difusos, haja vista que ambos são de natureza indivisível, contudo de uma singela leitura do art. 81, II do CDC, conclui-se que a diferença sutil entre eles está na viabilidade de apontamento de sua titularidade.

Nos direitos coletivos *stricto sensu* é possível a identificação de um grupo, categoria ou classe¹², o que não ocorre nos direitos difusos que pertence a toda coletividade.

O que conecta os indivíduos para a formação da titularidade dos direitos coletivos *stricto sensu* é a chamada relação jurídica base, podendo ela ser entre os membros do mesmo grupo (*affectio societatis*) ou estar relacionada com a parte

¹⁰ VITORELLI, Edilson. op. cit.. p.53

¹¹ Neste sentido pontua Teori Zavascki: “não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados.”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2017. p. 39.)

¹² Kazuo Watanabe se utiliza da expressão “determinabilidade”. op. cit.. p. 625.

contrária. Conforme aclaram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti a relação base precisa ser anterior à lesão coletiva, requisito da anterioridade¹³.

2.1.3. Os direitos individuais homogêneos

Por último o CDC conceitua – também no artigo 81 - os direitos individuais homogêneos, que são subjetivos e individuais, podendo ser decompostos em unidades autônomas¹⁴. Esta especial característica de individualização fez com que Teori Zavascki passasse a classificá-los como “acidentalmente coletivos”, para o autor eles seriam na verdade individuais, contudo, para uma efetiva tutela, a lei os empresta a roupagem de coletivos, diferenciando-os dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que são essencialmente coletivos¹⁵.

É de se notar que não há a criação de uma nova espécie de direito material, mas sim a reunião de vários direitos unitários ligados por uma afinidade (homogeneidade) para que sua defesa seja mais eficaz.

Apesar de ser possível apontar para os seus titulares de forma unitária, não há descaracterização da viabilidade de sua tutela ser realizada por meio coletivo, visto que eventuais lides individuais seriam muito semelhantes permitindo a reunião de forma comunitária¹⁶.

Para melhor conceituar o alcance da expressão ‘origem comum’ contida no art. 81 do diploma consumerista, recorreremos a lição Kazuo Watanabe¹⁷:

‘Origem comum’ não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de empresa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ a todos eles.

Feita a análise específica das três espécies de direitos coletivos, faz-se necessário o estudo acerca da diferenciação entre elas, já que, da violação ao

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. IV. p. 91.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.* p. 40.

¹⁵ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti discordam da classificação adotada por Teori, para os autores “Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op. cit.* p. 97.

¹⁶ GIDI, Antonio. *op. cit.* p. 30-31

¹⁷ WATANABE, Kazuo. *op. cit.* p. 629

direito nasce o interesse de defendê-lo em juízo, tendo cada qual a sua legitimidade específica, bem como sistemática relativa a coisa julgada.

2.2 A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COLETIVO VIOLADO COMO FATO PREPONDERANTE NA DISTINÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO

A identificação do direito coletivo violado será feita somente no caso em concreto, através da análise do pedido realizado na demanda transindividual. É possível que determinado dano viole direitos difusos, como os coletivos e individuais homogêneos, muito por conta da proximidade entre estes.

Por exemplo, imaginemos um caso específico de vazamento de dados sensíveis de clientes de uma operadora de telefones. Haverá um dano difuso, em razão de atingir a privacidade da coletividade indistintamente, na mesma situação tem-se a configuração de violações a direitos coletivos *stricto sensu* pois será possível destacar determinado grupo de pessoas prejudicadas, e, por fim, por se tratar de um dano de origem comum, também será possível constatar violações aos direitos individuais homogêneos.

A ideia de que a identificação do direito violado seja realizada apenas na demanda proposta é defendida por Nelson Nery Jr.¹⁸. Para o doutrinador a análise a partir da tutela jurisdicional que se pretende obter na ação, mais especificamente, observar a pretensão exigida em juízo é o que classifica um direito como difuso, coletivo ou individual.

Para tanto será preciso que na demanda haja um detalhamento minucioso dos fatos para que o juiz identifique qual regime jurídico será aplicável a ação.

Complementam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti¹⁹: “revela-se de preponderante importância a correta individuação, pelo advogado, do pedido e da causa de pedir, incluindo os fatos e o direito coletivo aplicável na ação”.

Não se pode assim, procurar a identificação do direito tutelado de maneira genérica, apenas com exemplo, devendo a análise ser realizada após a individualização na demanda.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 778.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 103

Mais uma vez ressaltamos a importância em se apontar qual espécie de direito transindividual está sendo defendido através da ação judicial, vez que isso importará em uma série de consequências processuais como competência material, legitimidade atividade e limites da coisa julgada, pontos abordados nos tópicos seguintes.

2.3 ASPECTO HISTÓRICO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Com a intensificação dos estudos a respeito dos direitos coletivos notou-se uma série de problemas processuais para a sua efetiva tutela jurisdicional. A visão clássica do direito processual individualista mostrou-se imprópria para as questões transindividuais. Resumem Garth e Cappelletti²⁰: “O problema básico que eles [direitos coletivos] apresentam é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.”

Clarifica também Barbosa Moreira²¹:

As relações interindividuais continuam sem dúvida a revestir grande importância na vida contemporânea, pelo menos em alguns setores da atividade humana. Ao lado delas, porém, vai crescendo incessantemente o número e o relevo de situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. [...]. Mas, para dar-lhes solução adequada, não raro parecem pouco eficazes as armas do arsenal jurídico herdado de outros tempos. Torna-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeição às realidades atuais o instrumental forjado nos antigos moldes; ou antes, em casos extremos, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam do quando bem definido das relações interindividuais

Não se coaduna com a natureza das lides coletivas a ideia de uma coisa julgada vinculativa apenas as partes que participaram do processo, ou mesmo a vedação para tutela jurisdicional de interesses de terceiros. Já advertia Mauro

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 26

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: GRINOVER, Ada Pellegrine (coord.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

Cappelletti²²: “em uma sociedade de massa, o processo não pode ser individual, porque as relações sociais não são individuais.”

David Borges Isaac²³, ao comentar sobre o tema reconhece que o modelo de resolução de conflitos individual “não se adequa exatamente às demandas coletivas”, não sendo possível, por exemplo, “identificar uma ação coletivo a partir da teoria da identidade tríplice: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.”

Dessa forma, foi preciso um amadurecimento do direito processual para a devida adaptação às lides coletivas, em especial a representatividade do grupo²⁴.

Sobre a importância de tal amadurecimento para efetiva tutela dos direitos transindividuais, Luiz Fernando Bellinetti²⁵ afirma:

A tutela desses interesses é que possibilitará dar atendimento aos anseios de justiça da parcela mais humilde de nossa população, que tem grande dificuldade de obter a tutela de seus interesses pela via tradicional. Com o alargamento e aperfeiçoamento do processo civil coletivo, será possível dar melhor atendimento a essa grande parcela da população, por meio de ações coletivas visando a tutela de seus interesses.

Aloísio Mendes coloca como origem dos instrumentos de tutela coletiva a experiência inglesa²⁶, que, desde o século XVII, autorizava através do *bill of peace*, um modelo de demanda em que determinados grupos de indivíduos atuavam defendendo interesses próprios de seus representados.

Contudo, a grande evolução do tema se deu através da criação das *class action* no sistema norte-americano. A *rule 23 of Federal Rules of Civil Procedure* editada em 1938 e aperfeiçoada em 1966 mostrou-se como um divisor de águas para o processo coletivo. Sobre a legislação comentou Vincenzo Vigoriti²⁷: “Em termos de conteúdo, o instrumento processual não parece visar a proteção de

²² CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 30, 1975, p. 361-402

²³ OLIVEIRA, David Borges Isaac Marques. **Ações para a tutela de direitos essencialmente coletivos**: identificação, consequências e efeitos da coisa julgada. Dissertação (mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2017. p. 182

²⁴ *Ibidem*. P. 46-48

²⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. A constituição federal de 1988 e o direito processual civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 2008, a. 45, n. 179, p. 49-52, jul./set. 2008

²⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002. p. 43.

²⁷ Tradução livre de: “Sul piano dei contenuti, lo strumento processuale non appare finalizzato alla tutela di alcuna particolare situazione sostanziale e deve ritenersi invece utilizzabile per la tutela dei diritti più diversi”. (VIGORITI, Vincenzo. *Op. cit.* p. 261).

nenhuma situação substancial particular, devendo antes ser considerado utilizável para a proteção dos mais diversos direitos.”.

A norma²⁸ se mostra bastante completa, colocando os requisitos necessários para utilização das *class action* quais sejam: (1) o grupo é tão numeroso que a união de todos os membros é impraticável; (2) há questões de direito ou fato comuns ao grupo; (3) as reivindicações ou defesas das partes representativas são típicas das reivindicações ou defesas do grupo; e (4) as partes representativas protegerão de forma justa e adequada os interesses do grupo, até os tipos de pretensões possíveis.

Ainda dentro deste aspecto histórico é possível citar algumas legislações criadas na Europa Continental que de forma tímida contribuíram para a evolução do tema em estudo.

Na França a *Loi Royer* promulgada em 1973 autoriza as associações que têm como objeto estatutário a defesa dos interesses dos consumidores a atuação para defesa de interesse coletivo dos consumidores. Na Espanha podemos citar a *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 1984, muito semelhante a norma francesa, ela confere a legitimação ativa as associações para o ajuizamento de demandas coletivas em questões consumeristas. Em Portugal a ação coletiva está prevista em sua Constituição de 1976, tendo como finalidade a tutela de lesões a saúde pública, ao meio ambiente, a qualidade de vida e ao patrimônio cultural.

O Brasil é considerado protagonista na reformulação do processo coletivo²⁹. Já em 1977 a Lei n. 6.513 alterou o art. 1º da Lei da Ação Popular para considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, viabilizando a tutela de tais bens coletivos por meio da ação popular.

Contudo, a grande mudança veio com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Ao comentar sobre a legislação Teori Zavascki³⁰ enaltece:

²⁸ Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/ccl_proposed_amendment_to_rule_23_1.pdf. Acesso em 22 dez. 2020

²⁹ Para Teori Zavascki: “Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, “a revolução”, mencionada por Cappelletti e Garth.”.(*Op. cit.* p. 35)

³⁰ *Ibidem*.p. 36.

Mais do que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Nota-se assim a disrupção advinda com a novidade legislativa no Processo Civil que até então dispunha apenas de regras individualistas. O Código de Processo Civil de 1973 foi todo moldado visando a tutela jurisdicional de lesões a direitos subjetivos, através de demandas do próprio prejudicado³¹, ou seja, não se preocupou com a proteção dos interesses coletivos.

Neste interim, com o advento da Carta Constitucional de 1988, houve a consagração expressa de diversos direitos de natureza transindividual, podendo ser citado o direito a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), à preservação da probidade administrativa (art. 37, §4º), a manutenção do patrimônio cultural (art. 216) e a um meio ambiente sadio (art. 225).

No que tange ao processo coletivo, a Constituição Federal aumentou o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII)³² passando a prever a hipótese de tutela de direitos coletivos por essa via, conferiu a legitimação ao Ministério Público para promoção de inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelas qualquer espécie de direito difusos e coletivos³³, também atribuiu as associações e as entidades sindicais a legitimidade para defender coletivamente o interesse de seus representados³⁴. Por fim, foi conferido aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações a legitimação para impetrarem mandado de segurança coletivo em defesa de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, *b*).

³¹ *Ibidem*. p.17.

³² “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

³³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

³⁴ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; e Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] II - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Em 1990 surge então o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990) que disciplina a ação civil coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos e dá outras inúmeras providências relacionadas ao processo coletivo.

Mesmo com a evolução dos estudos a respeito do tema, no Brasil não houve a codificação do processo coletivo, passando então a necessidade de se pesquisar sobre a figura dos microssistemas.

Por fim pontuamos que parte importante da doutrina defende ainda a necessidade de codificação do assunto. Em resumo, recorremos as palavras de Nelson Nery Jr.³⁵ para quem:

Seria uma oportunidade de ali se retratar a principiologia própria, singular do Processo Coletivo. Ali se fixariam os parâmetros, os princípios que deveriam nortear toda a situação do Processo Coletivo. Essa será a grande vantagem de adotarmos, no Brasil, uma lei que institua um Código de Processo Coletivo.

Cabe aqui destacar algumas conhecidas tentativas de codificação do processo coletivo, Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América, Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – CBPC-IBPD, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC-UERJ/UNESA) e Projeto de Lei n. 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas).

2.4 O MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Após a Segunda Guerra Mundial os ordenamentos jurídicos começaram a se desfazer dos códigos como sistemas fechados, passando a adotar a figura dos microssistemas, sendo a maior preocupação da época conferir uma maleabilidade aos sistemas legais, período esse reconhecido como a era da “Descodificação”.

Caracterizados pelo policentrismo do direito contemporâneo e diálogo entre vários ramos do direito, os microssistemas se mostraram verdadeiros centros de poder de harmonizados.

Na definição de Júlio Camargo de Azevedo³⁶, a caracterização de um microssistema se dá pela “instrumentalização harmônica de diversos diplomas

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? **De Jure**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006. p.156

legais, destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam aplicação conjunta dos comandos normativos”.

A utilização de leis esparsas para tutela de determinados direitos não foi exclusividade dos interesses coletivos, esse tipo de sistematização foi introduzido em grande incidência no Brasil a partir das décadas de 1960 e 1970, em especial por apresentar como fator a regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões de vários ramos do Direito dentro de uma concepção multidisciplinar e transversal³⁷.

Contudo, em razão da especificidade do presente trabalho, passaremos a analisar exclusivamente o sistema aplicável a defesa dos interesses transindividuais.

As principais normas compositivas do microssistema de tutela coletiva³⁸ são: A Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e Código de Defesa do Consumidor, dialogando sempre com o Código de Processo Civil e a própria Constituição Federal. Importa esclarecer que não existe um rol taxativo das normas que compõe o microssistema, vez que abrange uma infinidade de outras leis e atos normativos existentes que contenham a possibilidade de uma tutela de direitos transindividuais, possibilitando uma intertextualidade.

Neste sentido, destacamos os dizeres de Júlio Camargo de Azevedo³⁹, para quem o “microssistema de processo coletivo pode ser tomado como o microssistema mais complexo do direito brasileiro, quiçá um dos mais complexos do mundo”.

Contudo é importante que se enfatize que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor se apresentam espinha dorsal para a tutela dos direitos coletivos, podendo-se dizer que sem uma delas não haveria nenhuma efetividade na proteção aos novos interesses.

Em razão da quantidade de legislação aplicável ao caso concreto, dúvidas poderiam surgir sobre a aplicação ou não de determinada norma, ou mesmo

³⁶ AZEVEDO, Júlio Camargo de. O Microssistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma análise Feita à Luz das Tendências Codificadoras. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p.478-499, dez. 2011. p. 117

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 30.

³⁸ Nas palavras de Antonio Gidi: “ o Título III do CDC combinado com a LACP fará as vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral”. GIDI, Antonio. op. cit.. p.83

³⁹ *Op. cit.* p. 17

eventual lacuna referente ao emaranhado de normas. Didier e Zaneti⁴⁰ explicam de forma didática qual seria o caminho para solucionar o problema:

a) buscar a solução no diploma específico (Ex: sendo uma ação popular na Lei nº 4.717/1965). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no núcleo do microssistema, soma da Lei da Ação Civil Pública com o Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos a *ratio* do processo coletivo para mais bem resolver a questão, em *coordenação com as normas do CPC-2015 que não conflitem com a lógica e as normas próprias do microssistema* e com a Constituição.

Pode-se concluir então que a ausência de um código próprio não interfere efetivamente na eficácia da defesa dos direitos transindividuais no Brasil, cabendo aqui ressaltar fala de Barbosa Moreira⁴¹, para quem o país possui uma das mais avançadas legislações para a tutela dos interesses coletivos.

Explicado a respeito do microssistema do processo coletivo, passemos ao estudo a respeito de duas das suas especiais peculiaridades, que diferenciam amplamente a tutela coletiva do processo individual.

2.5 A LEGITIMAÇÃO PARA DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS EM JUÍZO

Como já dito em linhas anteriores, foi preciso um grande amadurecimento do processo civil para garantir uma efetiva proteção aos direitos coletivos e dentro das adaptações necessárias passaremos a destacar nesse tópico a legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva.

A legitimidade e o interesse processual constituem as chamadas condições da ação, sendo fatores limitantes para o exercício do direito previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁴². Nas palavras de Costa Machado⁴³: “As condições da ação são os requisitos de existência do direito a uma sentença de mérito e que se traduzem na titularidade ativa e passiva, em tese, da relação jurídica afirmada em juízo.”.

⁴⁰DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op cit.* p. 73.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**, p. 345

⁴² “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”.

⁴³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *op. cit.* p.5.

Cabe aqui pontuar a lição de Alexandre Freitas Câmara⁴⁴ quanto a denominação “condições da ação”, para o autor o correto seria dizer “requisitos do provimento final”:

Não se mostra adequada a utilização da designação ‘condições’, uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos.

[...]

Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessária para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (a sentença de mérito no processo cognitivo, a satisfação do crédito no processo executivo, a sentença cautelar no processo dessa natureza), é que preferimos a denominação requisitos do provimento final.

Já o interesse processual está ligado a necessidade de a tutela pretendida ser compatível com o direito lesado, mais especificamente se obedece ao binômio necessidade x utilidade⁴⁵, ou seja, a jurisdição precisa ser a última possibilidade para obtenção no plano do direito material aquilo que lhe foi negado, bem como a aferição se o provimento jurisdicional poderá gerar ao autor o resultado desejado.

Segundo Liebman⁴⁶ o interesse “decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido para protegê-lo e satisfazê-lo”.

A legitimidade pressupõe a individualização de quem tem o interesse processual. É a pertinência subjetiva da ação, ou seja, quem tem uma qualidade especial para postulação em juízo em razão da ligação direta com o direito postulado. Para Liebman⁴⁷ “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com referência à qual ele existe”.

No processo civil brasileiro a tutela jurisdicional deve ser exercida pelo titular do direito, salvo disposição legislativa diversa⁴⁸, sendo que no processo de

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V.i.14.ED. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 124.

⁴⁵ Também neste sentido: “O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade da tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p.128.

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. V. 1. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p.206.

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.* p. 302-303.

⁴⁸ Assim está tipificado no art. 18 do CPC/2015: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

conhecimento a legitimidade será auferida no plano abstrato, estando legitimado aquele que afirma ser titular do direito em face de quem o direito é postulado.

No campo dos direitos transindividuais uma série de complicações inviabilizam a aplicação dessa regra, como exemplo, nos direitos difusos nem mesmo é possível a identificação unitária de sua titularidade. Na lição de Cappelletti e Garth⁴⁹:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

Dessa forma torna-se inconcebível atribuir a legitimidade ativa para proposição da ação coletiva aos seus próprios titulares, de forma a se exigir um tratamento mais complexo quando comparado as demandas individuais.

Para resolução da celeuma o legislador pátrio passou a estabelecer a possibilidade de terceiros exercerem a tutela dos direitos coletivos em juízo, “os megainteresSES não são portados em juízo por quem deles se afirma titular, mas antes por um representante legalmente credenciado”⁵⁰.

Barbosa Moreira⁵¹ explica:

Em atenção a motivos especiais de conveniência, confere a lei eficácia legitimante à situação subjetiva diversa da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da *res in iudicium deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito ou estado alheio.

Enquanto nas ações individuais, a regra é que a legitimidade pertence ao titular do direito violado que busca a tutela jurisdicional com o objetivo de recompor o

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *op. cit.* p. 50.

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 382

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58.

bem jurídico lesado ou até mesmo impedir a lesão ao seu direito subjetivo, em sede coletiva a titularidade dos interesses transindividuais nem sempre é traçada com precisão.

A doutrina e jurisprudência sempre se debruçaram sobre o debate acerca da natureza jurídica da legitimidade de terceiro para tutela dos interesses coletivos em juízo.

Ada Pellegrini⁵² e Kazuo Watanabe⁵³ baseados na doutrina de Vincenzo Vioriti⁵⁴ chegaram a defender que a legitimação para o processo coletivo era ordinária. A tese mostrou-se necessária para ampliação do acesso a tutela jurisdicional coletiva em razão da ausência de um rol extenso de legitimados coletivos, entretanto não vemos como acertada tal posição nos dias atuais.

O legitimado à demanda transindividual não vai a juízo defender interesse próprio, ainda que se possa afirmar que ele faça parte da coletividade. O objeto em litígio se constitui em uma situação jurídica de titularidade de um grupo, não do próprio ente.

Importa ainda mencionar a posição de Ricardo de Barros Leonel⁵⁵, para quem a legitimação quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seria autônoma em razão da tutela ser de direito próprio – haja vista o legitimado ser integrante do grupo - bem como alheio. Quanto aos direitos individuais homogêneos o autor classifica sua legitimidade como extraordinária.

Preferimos considerar a legitimação a qualquer tipo de processo coletivo como extraordinária, eis que há uma autorização legal para que terceiro discuta situação jurídica de titularidade de outrem. Como concluem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti⁵⁶ “não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida”.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**. São Paulo. RT, 1990, n.57, p.98.

⁵³ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. **A tutela dos interesses difusos**. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97

⁵⁴ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 150.

⁵⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.183-185

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. op. cit. . p. 210-211.

A Constituição cuidou de desenhar a legitimação extraordinária, sendo certo que não se trata de um rol taxativo, cabendo a possibilidade de o legislador ordinário ampliar, se for o caso, as legitimações⁵⁷.

Diferente dos sistemas que têm por base a *class action*, como o Norte Americano, cuja legitimidade é fundada na adequada representação⁵⁸, no Brasil o legislador optou por estabelecer parâmetros objetivos, adotando três técnicas para legitimação⁵⁹: (a) legitimação do particular; (b) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado; (c) legitimação de órgãos do Poder Público.

A legitimação do particular ocorrerá nas situações em que qualquer cidadão poderá propor a demanda, como por exemplo, na ação popular cuja previsão está contida na Lei n. 4.717/65.

A legitimação das pessoas jurídicas de direito privado ocorre nas situações em que a legitimidade é conferida aos sindicatos, associações e partidos políticos, como por exemplo, mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal.

E a legitimação dos órgãos do Poder Público ocorre nas situações em que a legitimidade é conferida ao Ministério Público e Defensoria Pública, como por exemplo, na ação civil pública.

Entretanto apenas a previsão legal não garante ao ente legitimado o direito de ajuizamento de ação coletiva, é preciso que seja analisada a representatividade adequada, conforme melhor pontua Gidi⁶⁰:

Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo

⁵⁷ OLIVEIRA, David Borges Isaac Marques. op cit. p. 103

⁵⁸ Os parâmetros para o reconhecimento da legitimidade nas *class actions* estão na *rule 23 of Federal Rules of Civil Procedure*, disponível em <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/ccl_proposed_amendment_to_rule_23_1.pdf>. Acesso em 22 dez. 2021;

⁵⁹ Nas palavras de Barbosa Moreira “uma solução eclética”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (um aspecto de la experiencia brasileña). In: **Temas de direito processual: quinta série**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 164-165.

⁶⁰ GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-70, 2003. p.61-62

Ou seja, no caso em concreto o judiciário fará a análise se o legitimado possui atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução da ação coletiva e consequente tutela efetiva do interesse transindividual⁶¹.

Dessa forma, conclui-se que o controle será feito em duas etapas⁶², inicialmente verificando a existência de autorização legal para o ente figurar como substituto processual da coletividade. Havendo a tipificação, o órgão julgador passará a análise da representatividade adequada, conferindo se efetivamente estão presentes elementos que asseguram uma tutela adequada pelo ente.

A correta representação da coletividade em juízo será primordial para a validade dos acordos processuais, faltando legitimidade para a tutela do interesse transindividual a consequência lógica é a ausência de poderes para adaptabilidade de procedimento.

2.6 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Ainda em razão das características tradicionais do processo civil brasileiro, o regime da coisa julgada, ao lado da legitimidade para defesa jurisdicional dos interesses coletivos, se mostra como tema sensível e que demanda algumas considerações no presente trabalho, ainda que não pretendemos exaurir o assunto.

O fenômeno da coisa julgada representa a imutabilidade do conteúdo de uma decisão jurisdicional, o que garante uma segurança jurídica e estabilidade dos julgados. Em regra, o conteúdo definitivo de uma decisão judicial não poderá ser alterado por outra sentença, em um novo processo, salvo se houve autorização legal.

Ao reconhecer um direito como de toda coletividade e com característica indivisível, surge a necessidade de um tratamento diferenciado da coisa julgada. A ideia de uma decisão judicial que influencia apenas as partes litigantes não faria sentido em uma demanda coletiva cujo titular do direito material sequer é parte no processo, cabendo ainda esclarecer que a distinção no tratamento do instituto justifica-se em razão da efetiva proteção da coletividade⁶³.

⁶¹ No âmbito do STF convencionou-se na utilização da expressão “pertinência temática”.

⁶² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. op. cit.. p. 221-222.

⁶³ LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit.. p. 337

Muito bem exemplifica David Borges Isaac⁶⁴:

Por se tratar de tutela de objeto indivisível, mesmo quando ajuizados por indivíduos, a decisão exarada em processo coletivo irá atingir, automaticamente, a terceiros. Se a tutela dispuser sobre a proibição de carros emitirem poluentes, a decisão não poderá ser diversa para o proprietário de nome Luiz em detrimento do proprietário de nome Antônio. A ação que tiver por objeto proibir o bar de manter som alto após a meia noite deverá ser a mesma para atingir o vizinho Antônio ou a vizinha Julia, não sendo divisível – com decisões antagônicas – entre eles. O objeto, em ambos os casos, é indivisível – o meio ambiente, razão pela qual a decisão não poderá ser diferente para as partes.

Referente ao seu modo de produção da coisa julgada, são três diferentes tipos: o *pro et contra*, o *secundum eventum litis* e o *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* se forma independente do resultado do processo, é a regra geral utilizada no país. Ou seja, sendo o processo procedente ou não, a decisão judicial terá como efeito a coisa julgada, não podendo ser proposta nova ação sobre aquele objeto. Já a coisa julgada *secundum eventum litis* somente se formará no caso de procedência da ação, podendo ser proposta nova demanda nas hipóteses de improcedência. Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* só se formará nos casos de esgotamento de provas.

No que se refere aos limites subjetivos, a coisa julgada poderá ser, *inter partes*, ou seja, vinculativa somente as partes do processo, *ultra partes*, atingindo também terceiros específicos, ou ainda *erga omnes*, atingindo a todos, mesmo que não litigantes.

O Código de Defesa do Consumidor dedicou um capítulo específico para regulamentação a respeito da coisa julgada no processo coletivo, vale dizer, capítulo IV, tendo diferenciado a aplicação do instituto de acordo com o direito transindividual tutelado no processo, se difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Conforme tipificado no art. 103 do Diploma, nas causas em que se discutem as duas primeiras espécies de direito coletivo a coisa julgada será *erga omnes* e *ultra partes*, a depender do interesse tutelado, *erga omnes* para os direitos difusos e *ultra partes* para os coletivos *stricto sensu*. Salvo em caso de improcedência ou insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra demanda com idêntico fundamento, mas baseado em nova prova, demonstrando a

⁶⁴ OLIVEIRA, David Borges Isaac Marques. op. cit.. p. 126

opção do legislador na utilização da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

É preciso ainda considerar o chamado transporte *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada, não podendo a ação prejudicar os interesses individuais das coletivas, somente beneficiá-los.

Já nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, na forma do inciso III, a coisa julgada será *erga omnes* apenas nos casos de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Como explica David Borges Isaac⁶⁵:

A rigor, o julgamento de improcedência de uma ação coletiva nunca prejudicará o direito individual do particular em ajuizar sua demanda para a reparação pessoal de danos. Somente será afetado por um julgamento de improcedência, o particular que participar de ação coletiva que vise à reparação de direitos individuais homogêneos.

Ocorre ainda que, em sendo julgada improcedente a demanda coletiva, poderão os interessados proporem demandas individuais caso não tenham atuado como litisconsortes na ação coletiva, ou então os autores das ações individuais, não requererem a suspensão da ação no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁶⁵ OLIVEIRA, David Borges Isaac Marques. op. cit.. p. 153

3 OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes de adentrar no enfrentamento a respeito do cabimento dos negócios jurídicos processuais atípicos nas lides coletivas, é prudente abordarmos os aspectos gerais do regime jurídico das negociações processuais, passando pelos seus planos de existências, validade e eficácia, em especial um estudo aprofundado referente a figura dos negócios atípicos previstos no Código de Processo Civil de 2015.

O advento do novo diploma processual civil veio extirpar do direito brasileiro a discussão a respeito da possibilidade de as partes alterarem o procedimento legal por meio de acordo. O novo art. 190 do CPC permite expressamente que os litigantes ajustem ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, deixando o processo mais democrático.

Entretanto o caminho percorrido até o presente momento merece destaque especial nos tópicos que se seguem, fazendo-se imperioso também o estudo referente a própria figura das convenções processuais. A ampla visão sobre os negócios jurídicos processuais possibilitará o posterior cotejo das diversas peculiaridades do processo coletivo, já apresentadas no tópico anterior, desaguando na possibilidade de se defender a sua aplicação, bem como os limites quando se tutela direitos transindividuais.

3.1 A NATUREZA PÚBLICA DO DIREITO PROCESSUAL E A QUEBRA DE DOGMAS DO HIPERPUBLICISMO PROCESSUAL

A aquisição do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado acarretou o desenvolvimento do pensamento de o processo e a jurisdição não servirem apenas às partes, mas desempenham uma relevante função pública.

Tal concepção publicista foi determinante para o reconhecimento do Direito Processual como ciência autônoma do Direito Material⁶⁶, de modo a considerar o primeiro como de caráter público e o segundo como de caráter privado. Contudo

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

influenciou pensamentos como o de Carnelutti⁶⁷ para quem não era o processo que servia às partes, mas as partes que serviam ao processo, não existindo qualquer espaço de liberdades a elas.

Neste passo, a ciência processual caminhou na direção de um hiperpublicismo danoso, os poderes do juiz foram excessivamente majorados, sendo que todos os atos processuais relevantes se voltaram para o Estado-juiz, ficando as partes apenas como figurantes. Tal característica foi predominando no CPC de 1939 e com reflexos no CPC de 1973.

Já acrescentando críticas ao hiperpublicismo Francisco Campo⁶⁸ comentou a época do primeiro Código de Processo Civil do país que o processo “formalista e bizantino” se apresentava como um instrumento de dominação das classes privilegiadas, que possuíam recursos suficientes para acompanhadas as “cerimônias da justiça”, complicadas em suas regras, artificiosas em sua composição e demorados nos desenlaces.

Trechos da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939⁶⁹ evidenciam os amplos poderes concedidos aos magistrados:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo

Sobre a legislação, Joseli Lima Magalhães⁷⁰ esclarece que a própria elaboração do projeto foi marcada pelo princípio autoritário, em especial por conta

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**, v.1. Padova: CEDAM, 1936. p. 409. Também negando qualquer tipo de liberdade as partes no processo. SATTA, Salvatore, **Contributto alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Pensiero, 1931.p.43-44

⁶⁸ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do código de processo civil. **Processo oral**. Francisco Morato [Org.] Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 252

⁶⁹ BRASIL. **Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 1.608/39**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc>>. Acesso em 22 fev. 2021

⁷⁰ MAGALHÃES, Joseli Lima. DA RECODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICO EVOLUTIVA DOS DIPLOMAS PROCESSUAIS CIVIS. **Revista**

do regime ditatorial que vivia o país. Em seu artigo sobre uma análise histórica da codificação do direito processual civil, o autor ressalta que o Ministro da Justiça a época afirmou ser função atribuída ao magistrado zelar pela formalidade das regras processuais, inclusive com a interferência necessária a buscar a verdade, sendo plenamente justificável a concessão de amplos poderes para direção e formação do processo.

Assim, esta fase realçou a posição do Estado como detentor da atividade jurisdicional, sendo o juiz enquadrado na posição central, tendo como consequência a distribuição desigual dos poderes do processo e ênfase na interpretação de inúmeros institutos sob a ótica publicista. A tutela dos direitos precisaria necessariamente passar pelo crivo do Estado-juiz que detinha a exclusividade do poder jurisdicional.

Para que se possa admitir a adequação do procedimento pelas partes, as premissas de um processo rígido, indisponível e com um juiz onipresente precisam ser derrubadas. Tais dogmas, decorrentes do hiperpublicismo, foram sendo desconstruídos ao longo do tempo, passando a se reconhecer o protagonismo dos litigantes em pé de igualdade com o magistrado.

Rodrigo Ramina de Lucca⁷¹ ensina que “a natureza pública do processo, não é de nenhuma forma antagônica aos interesses privados das partes. Pensar em processo público significa pensar em um processo construído pelo Estado para a segurança do jurisdicionado.”.

Seria um tanto quanto contraditório defender a democratização do processo com técnicas de facilitação de acesso à justiça, mas ao mesmo tempo ignorar o papel da liberdade das partes no ambiente processual⁷². Um dos grandes benefícios na utilização das convenções processuais é o protagonismo concedido as partes, neste sentido destaca o autor italiano Denti⁷³:

“a relação entre cidadão e justiça ainda não encontrou um modo de ser que supere a separatividade e a condição alienante que ainda a caracterizam

Paradigma, v. 29, n. 3, p. 105-131, 8 dez. 2020. Disponível em < <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1543>>. Acesso em 10 jan. 2021. p.111.

⁷¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1, p. 21-54.

⁷² DIDIER JR., Fredie. Princípio do autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1. p. 21.

⁷³ DENTI , Vittorio. **La giustizia civile: lezione introduttive**. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 43

amplamente.[...] Provavelmente, uma das formas de contornar essa fração é recuperar um espaço maior à participação popular na administração da justiça, tanto na fase organizacional quanto na fase judicial.”

O direito limita a liberdade, mas não a suprime⁷⁴, a lógica de Carnelluti deve também ser aplicada no âmbito processual.

Defende-se assim a utilização de um modelo de processo cooperativo cujo os benefícios são muito bem explicado por Jorge Luiz Reis Fernandes⁷⁵:

A cooperação no processo civil visa à busca de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, e o contraditório é de suma importância para a efetivação desse modelo, pois é necessário o diálogo intenso entre as partes e o órgão jurisdicional.

A posição paritária de um juiz, assimetria na decisão e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca a esse modelo⁷⁶. Juliana Pondé Fonseca⁷⁷ assevera ainda que, nesse modelo, partes e juiz devem cooperar para a melhor e mais eficiente condução do processo, segundo um padrão mais complexo de comportamento.

No cenário de um modelo cooperativo de processo partes e juízes não estão medindo forças, mas buscando o modo mais adequado para resolução do litígio instaurado. Seria impossível pensar em flexibilizar o procedimento sem o pensamento de um modelo cooperativo e a quebra de paradigmas do hiperpublicismo.

3.2 FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL

A figura dos negócios jurídicos processuais atípicos decorre da possibilidade de alteração do procedimento regularmente previsto em lei, inadmitir tal maleabilidade viria a impedir a ocorrência das convenções processuais, dessa forma torna-se importante ao presente trabalho a análise da legalidade da própria flexibilização procedimental.

⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. op. cit.. p. 53

⁷⁵ FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6º do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 117;

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98-99

⁷⁷ FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 6

De início destacamos a lição de João Mendes de Almeida Junior⁷⁸ sobre a distinção entre processo e procedimento, para o autor o processo é uma direção no movimento, sendo o procedimento o modo e a forma pelo qual se move o ato. De forma complementar leciona Paulo Heerdt⁷⁹: “se o processo é um conjunto de atos que visam a um efeito jurídico final, procedimento será o modo ou a forma como se desenvolvem estes atos, ou seja, o conjunto de normas que estabelecem a conduta a ser observada no desenvolvimento da atividade processual.”.

O processo é o modo pelo qual o Estado irá exercer a Jurisdição, o autor o direito de ação e o réu o de defesa, sendo ainda, na lição de Enrico Tullio Liebman⁸⁰, uma série de atos jurídicos sucessivos e ligados por uma finalidade em comum, qual seja, a sentença.

As normas que cuidam da relação jurídica processual, ou seja, que regulam a atuação dos sujeitos processuais, são denominadas por Fernando Gajardoni⁸¹ de “normas puramente processuais” e por Arruda Alvim⁸² “normas processuais *scritto sensu*”. Já as normas procedimentais cuidarão da regência do procedimento como a combinação dos atos processuais entre si e irão disciplinar a realização dos institutos contemplados nas normas processuais.

O procedimento seria o rito do processo⁸³, a sequência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, não sendo possível a existência desse sem aquele. Também inconcebível que o procedimento seja destacado e estudado como uma ciência autônoma, de modo que ambos se completam.

Portanto não é possível que se confunda o processo com o procedimento, sendo certo que a flexibilização irá ocorrer com esse último. Tal se dá em razão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual, prevista no art. 22, I da Constituição Federal.

⁷⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 243-244;

⁷⁹ HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, p. 81. 1991;

⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rnagel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1, p.33

⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008. p.32-33.

⁸² “Diretamente ligadas ao processo em si, regulando, por excelência, o processo contencioso, as atividades das partes, o reflexo destas atividades nas próprias partes e, eventualmente, sobre terceiros, o órgão jurisdicional e sua atividade dos auxiliares da Justiça”. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003. v.1. p. 135

⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.* p. 36.

Em regra, o procedimento deve ser rígido para que processo seja dotado de previsibilidade, as partes precisam saber as regras do jogo, do contrário seria impossível a adoção de qualquer tipo de estratégia, ou mesmo fiscalização de legalidade.

Fernando Gajardoni⁸⁴ apresenta dois modelos de classificação do procedimento: (a) sistema da legalidade das formas, na qual todas as etapas do procedimento são fixadas em lei; e (b) sistema da liberdade das formas, em que compete ao juiz e/ou às partes determinar o curso do procedimento.

O primeiro modelo se caracteriza pela rigidez procedimental, as regras do andamento processual serão firmadas no âmbito legislativo. O descumprimento à prescrição legal implica na invalidade do próprio ato ou do procedimento como um todo e a permissão para mutação ocorre apenas com autorização legal. Este sistema possui como benefício a previsibilidade, tendo o jurisdicionado conhecimento do seu desenvolvimento do começo ao fim.

No sistema de liberdade das formas o regular andamento do processo é delegado as partes, possuindo como vantagem um procedimento mais célere na tutela do direito em razão da possibilidade de dispensa dos atos desnecessários.

Não existem sistemas puros, tendo o Brasil adotado preponderantemente o primeiro modelo. Contudo é prudente que se recorde que o processo não poderá ser um fim em si mesmo, mas servirá como um meio para a tutela efetiva dos direitos materiais. Liebman⁸⁵ já advertia: “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito.”.

Assim, a rigidez processual, sem nenhuma maleabilidade, pode não se adequar a determinadas situações do cotidiano, em tais ocasiões o processo deixa de figurar como instrumento, atrapalhando uma tutela eficiente.

É preciso que o direito processual faça frente e se adapte às relações sociais da atualidade, visão essa incompatível com a criação de dogmas imutáveis e intocáveis válidos para todo tipo de cenário⁸⁶.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 79.

⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit. p. 225.

⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

Em regra, a adaptação do processo se dá no plano legislativo mediante a elaboração de procedimentos formais adequados às necessidades locais e temporais. O Estado, ao instituir as normas de processo civil, precisa desenvolver institutos que possibilitem um intercâmbio de informações entre os indivíduos e a realidade⁸⁷.

Neste sentido, podemos citar, por exemplo, o procedimento próprio criado pela Lei 9.099/95 para os Juizados Especiais Cíveis. Identificou-se a época que nas causas de menor complexidade o acesso à tutela efetiva encontrava óbice no curso, na morosidade e principalmente nas exigências formais do procedimento ordinário⁸⁸, sendo necessária a intervenção do legislador na flexibilização do procedimento comum.

Sobre os Juizados Especiais, assim explica Leonardo Greco⁸⁹:

Encarar os juizados como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada permite aceitar muitos dos seus déficits garantísticos, como necessários para que ele alcance os seus objetivos. Há uma perda de qualidade, há uma cognição incompleta, não exaustiva, as partes não têm as mesmas amplas faculdades de propor e produzir alegações e provas, de travar com o juiz um permanente diálogo humano e o juiz não precisa demonstrar que examinou e levou em consideração toda a atividade postulatória, argumentativa e probatória das partes. Mas em compensação, os juizados resolvem satisfatoriamente muitos litígios que, sem eles ficariam sem solução jurídica, nos quais acabava por prevalecer a vontade do mais forte.

A modificação também poderá ocorrer em razão da subjetividade das partes, como acontece, por exemplo, nos prazos em dobro para manifestação do Ministério Público e Fazenda Pública, necessidade de intervenção do Ministério Público nos casos em que há interesse de incapazes, ou até mesmo com a lei permitindo a flexibilização pelo juízo na análise do caso em concreto, assim como ocorre na distribuição dinâmica do ônus da prova.

Não obstante a possibilidade de criação de flexibilização por meio legal, o Poder Legislativo é incapaz de criar, com perfeição, procedimentos específicos que se amoldem a todas as situações cotidianas, ou mesmo evoluir com tamanha rapidez com que ocorre na sociedade. Nasce assim a necessidade de aplicação da adaptabilidade.

⁸⁷ FUX, Luiz. **Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p.18.

⁸⁸ GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009. p. 43;

⁸⁹ *Ibidem*.. p. 43.

Fernando Gajardoni⁹⁰ muito bem distingue adequação de adaptabilidade:

Fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.

Dessa forma nota-se que as convenções processuais estão ligadas a adaptabilidade do procedimento e não ao da adequação, vez que a alteração se dará no caso em concreto.

Cabe pontuar por fim, que a alteração do procedimento regular se dará apenas nas situações em que o direito material possa ter a sua tutela prejudicada, não podendo ser utilizada como regra. Se a previsão legal é ideal para proteção do direito discutido e atende às características pontuais do caso, não há que se falar em adaptação⁹¹.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO FATO JURÍDICO E SUAS CLASSIFICAÇÕES

A análise dos limites da flexibilização procedimental dentro das ações coletivas pode ser melhor desenvolvida se precedida da fixação de alguns conceitos fundamentais relacionados a Teoria do fato jurídico.

Sobre o tema, adotaremos aqui a lição clássica do conceito de Pontes de Miranda⁹²: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica”.

Dessa forma, a regra jurídica, enquanto proposição, prevê alguns fatos de possível ocorrência no cotidiano (suporte fático), quando o que está previsto acontece, tem-se a incidência, passando o fato a ser considerado jurídico.

⁹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. p. 135.

⁹¹ *Ibidem*. p. 137.

⁹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p.4;

A incidência da norma sobre o suporte fático independe da vontade ou adesão dos interessados⁹³. A partir de tal teoria, o fato jurídico deve ser entendido como produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático.

Nessa toada, decorre a divisão dos fatos jurídicos nos planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos. No plano de existência entram todos os fatos jurídicos, sem exceção. No plano de validade entram apenas os fatos jurídicos sem defeitos que os invalidam. No plano de eficácia entram os fatos jurídicos aptos a produzirem seus efeitos típicos⁹⁴. Portanto, um fato jurídico pode ser válido e eficaz, válido e ineficaz, inválido e eficaz, inválido e ineficaz.

Em razão de tais características, ganha importância o estudo referente aos elementos do suporte fático da norma jurídica, que serão imprescindíveis para classificação do fato jurídico em cada um dos planos apontados anteriormente, não sendo diferente com os negócios jurídicos processuais, cuja a análise será feita linhas adiante.

Na lição de Pedro Henrique Nogueira⁹⁵:

[...]é de extrema importância identificar na norma jurídica cada elemento do seu suporte fático para, assim, ser possível: (a) examinar quais os elementos determinantes para que o fato jurídico (sentido amplo) exista juridicamente; e (b) quais os elementos determinantes da sua perfeição, capazes de torna-lo válidos, e/ou eficazes.

O principal elemento referente ao suporte fático de qualquer fato jurídico é o núcleo, isso de dá em razão de ele conter o mínimo necessário para que o fato exista juridicamente (plano de existência). Há ainda os elementos complementares, que interferem no ingresso do fato jurídico, sua ausência poderá gerar a invalidade ou a ineficácia do fato jurídico. Por últimos ainda temos os elementos integrativos, sem os quais o fato jurídico deixa de possuir eficácia.⁹⁶

No que se refere a classificação do fato jurídico pautada na existência ou não do ato humano de vontade, tomaremos como base o critério de Marcos Bernardes de Mello⁹⁷, que subdivide o fato jurídico *lato sensu* em: (a) fato jurídico

⁹³ "A vontade humana nada pode contra a incidência da regra jurídica, uma vez que ela se passa em plano do pensamento." (MIRANDA, Pontes de. op. cit.. p. 37);

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. op. cit.. p. 5-6;

⁹⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4ed. Salvador. Juspodvim. 2020. p. 42;

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano de existência**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 47-50;

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de., op. cit.. p. 176-177;

em *stricto sensu*; (b) ato-fato jurídico; (c) ato jurídico *lato sensu*, sendo que esse último ainda se dividirá em ato jurídico *stricto sensu* e negócios jurídicos.

O fato jurídico *stricto sensu* tem o seu suporte fático caracterizado por simples fatos da natureza, não havendo ato de vontade humana para sua concreção, podemos citar como exemplo o nascimento ou a morte de uma pessoa⁹⁸.

No ato-fato jurídico o suporte fático se preenche por uma conduta ou ato humano como elemento essencial, não importando se existe a manifestação da sua vontade, tal como ocorre na pesca ou mesmo na caça⁹⁹.

No ato jurídico *lato sensu* o suporte fático possui como elemento essencial a manifestação da vontade direcionada a um resultado lícito e possível¹⁰⁰. Para os casos em que a lei não possibilita nenhuma margem de escolha quanto ao conteúdo eficaz, tem-se o ato jurídico *stricto sensu*¹⁰¹. Já nos casos em que a lei permite, dentro de um limite, o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo, tem-se o negócio jurídico¹⁰².

Portanto, na categoria dos negócios jurídicos, o ato negocial é centrado em uma maior liberdade conferida as partes, dentro de parâmetros predefinidos, para escolha da categoria jurídica dos efeitos, sua amplitude, surgimento, permanência e intensidade¹⁰³.

Nos cabe ainda apontar que em determinadas situações o ordenamento jurídico regulamenta de forma mais específica o conteúdo eficaz do negócio jurídico, sendo permitido às partes apenas o enquadramento quanto à categoria negocial, tal como ocorre no casamento. No entanto, em outras hipóteses existe uma maior liberdade para o exercício do autorregramento da relação jurídica, sendo possível que as partes tratem da categoria negocial até os efeitos do negócio jurídico, como, por exemplo, na compra e venda.

3.4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO CATEGORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL

⁹⁸ Ibid., p. 185;

⁹⁹ Ibid, p. 188;

¹⁰⁰ Ibid, p. 198;

¹⁰¹ Ibid, p. 209;

¹⁰² Ibid, p. 245;

¹⁰³ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 193-320. 2007.p. 302;

Da teoria do fato jurídico se construiu uma teoria dos fatos jurídicos processuais, ou seja, a sistematização dos diversos fatos jurídicos verificáveis no âmbito processual. Contudo o tema, ainda hoje, suscita calorosos debates por parte da doutrina, o que inclusive levou Leonardo Greco¹⁰⁴ a afirmar: “a teoria dos atos processuais é um dos temas mais difíceis de ser abordado no estudo do processo.”.

Os atos praticados no direito público, mais especificamente, no direito processual, podem receber a mesma qualificação realizada no direito privado.

O grande debate gira em torno do que classifica um fato jurídico como processual. Considerando as doutrinas clássicas, para Chiovenda¹⁰⁵ a característica processual do ato decorre da possibilidade de ele gerar constituição, modificação ou extinção dentro de uma relação jurídica processual, tendo como exigência que sejam praticados apenas pelos sujeitos da relação (partes e juiz).

Por sua vez Liebman¹⁰⁶, restringiu a ideia de Chiovenda passando a considerar os atos processuais somente quando as manifestações de pensamento forem feitas por um dos sujeitos processuais pertencentes a um procedimento.

Diferentes dos doutrinadores italianos, Calmon de Passos¹⁰⁷ acrescentou um dado adicional para caracterização do ato como processual, qual seja, a necessidade de o ato ser apenas praticável no processo.

Em que pesem as críticas doutrinária¹⁰⁸, seguiremos nossos estudos considerando o critério adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 200, baseado na Doutrina de Chiovenda: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”.

Feitas tais considerações a respeito do fato jurídico processual, passemos a realizar a sua classificação de acordo com a existência ou não do ato humano de vontade – semelhante ao que foi feito no tópico anterior com o fato jurídico – tal

¹⁰⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 274, v. I;

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p.20, V. 3;.

¹⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 286;

¹⁰⁷ PASSOS, J.J. Calmon de. **Esboço de um Teoria das Nulidade aplicadas à Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53

¹⁰⁸ Pedro Henrique Nogueira resume a problemática da redação contida no art. 200 em dois principais pontos: (a) a proposição permite sugerir que os atos do juiz não teriam a mesma propriedade dos atos das partes; (b) falsa relação de necessidade entre os atos processuais das partes e a extinção de direitos processuais. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. op. cit.. p.58)

divisão permitirá compreender de uma melhor forma o conceito dos negócios jurídicos processuais.

A doutrina¹⁰⁹ subdivide o fato jurídico processual em sentido amplo em: (a) fato jurídico processual *stricto sensu*; (b) ato-fato jurídico processual; (c) ato jurídico processual *lato sensu*, o qual será ainda fracionado em ato jurídico processual *stricto sensu* e negócio jurídico processual.

O fato jurídico processual *stricto sensu* será todo fato natural em que o suporte fático prescinde de qualquer ato humano, havendo seu ingresso no mundo jurídico sem que o seu suporte fático se relacione com um ato humano¹¹⁰.

No ato-fato jurídico processual o suporte fático estará relacionado com um ato humano, entretanto a sua vontade será irrelevante, sendo possível citar como exemplo a revelia¹¹¹.

No ato jurídico processual *lato sensu* é imprescindível a existência da volição do sujeito para composição do suporte fático¹¹². Para caracterização de suas subdivisões a diferenciação se dará pela predefinição legal dos efeitos, sendo que, no ato jurídico processual *stricto sensu* eles serão pré-fixados, portanto inadmitindo regramento¹¹³, já no negócio jurídico processual os efeitos, bem como resultados, serão de fixados pelas partes¹¹⁴.

Assim, o negócio jurídico se mostra como um fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste na manifestação de vontade consciente do poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico¹¹⁵. Também neste interim, Pontes de Miranda¹¹⁶ afirma que o suporte fático nos negócios jurídicos serão sempre a manifestação da vontade.

¹⁰⁹ Tal classificação pode ser encontrada em DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. P. 38; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. Op. cit., p. 310;

¹¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Op. cit., p. 39;

¹¹¹ Ibid., p. 43;

¹¹² BRAGA, Paula Sarno. op. cit., p. 312;

¹¹³ “há vontade de praticar o ato, mas não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessariamente, pré-fixados” (Ibid., p. 312);

¹¹⁴ Ibid., p. 312-313;

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 166;

¹¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, II. São Paulo: RT, 1974, p. 395;

Conforme definição de Flume¹¹⁷:

O conceito de negócio jurídico é a abstenção de todo tipo de atos estruturados no ordenamento jurídico, os quais, conforme estabelece o conteúdo do ordenamento jurídico, se dirigem, mediante o estabelecimento de um regulamento, à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica em uso da autodeterminação do indivíduo.

Em sentido semelhante Orlando Gomes¹¹⁸ classifica o negócio jurídico como: “o ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram”.

Tendo sido realizada a conceituação do negócio jurídico processual, passemos ao estudo a respeito do seu aspecto histórico legislativo.

3.5 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ANTERIORES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A popularização dos negócios jurídicos processuais se deu com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, o nascimento do instituto remonta à data muito anterior. Pedro Henrique Nogueira¹¹⁹ leciona que no direito romano as partes compareciam perante o magistrado para acordar a solução da controvérsia ao *iudex* privado, considerando assim como negocial o caráter da *litis contestatio* em Roma.

Por sua vez, Antonio do Passo Cabral¹²⁰ aponta que na Alemanha em 1887 o conceito de acordo/contrato processual foi tratado por Josef Kohler na obra “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, ocasião em que o doutrinador defendeu a possibilidade de a vontade das partes produzir efeitos no processo. O que trouxe ao país o *status* de berço dos estudos sobre o tema.

¹¹⁷ Tradução livre de: El concepto de negocio jurídico es la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el Ordenamiento jurídico, que, tal como ha fijado el Ordenamiento jurídico su contenido, están dirigidos, mediante la instauración de una reglamentación, a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica en uso de la autodeterminación del individuo. (FLUME, Werner. **El Negocio Jurídico**. Tradução José Mariá Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultura del Notariado, 1998, p. 49);

¹¹⁸ GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 269;

¹¹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. cit., p.159.

¹²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador. Juspodvim. 2016. p.97.

Na Itália, Chiovenda¹²¹ já apontava a existência dos negócios processuais sempre que a lei reconhecesse a produção de efeitos mediante a vontade das partes.

No Brasil, houve tratativa do tema em todos os Códigos Processuais Civis existentes, contudo, sempre prevendo os negócios típicos, ou seja, com os contornos determinados pela legislação.

No Código de Processo Civil de 1939 citamos a possibilidade de suspensão de instância por convenção das partes (art. 197, II). De forma mais abrangente, não obstante as inúmeras figuras negociais típicas como a suspensão do processo e cláusula de eleição de foro, o diploma processual de 1973 introduziu junto ao art. 158¹²² a possibilidade de constituição, modificação ou extinção de direitos processuais por meio de ato das partes, aceitando assim a possibilidade de os litigantes flexibilizarem determinados atos procedimentais.

É possível notar nos regramentos citados os reflexos da vontade das partes no seguimento regular estabelecido pela lei, causando a flexibilização procedimental voluntária¹²³, ficando nítido que o legislador pátrio sempre admitiu a utilização dos negócios processuais.

A título exemplificativo, ainda é possível citar a adaptabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente no art. 765, cuja a transcrição se faz necessária: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”.

Da redação da norma extrai-se o amplo poder concedido ao juiz do trabalho na condução do processo, o que se transfigura como uma nítida flexibilização processual. Assim, desde de o início da CLT, os litigantes no processo trabalhista podem – com autorização do magistrado – realizar acordos procedimentais.

É de se notar que as convenções e acordos procedimentais advém da teoria dos negócios jurídicos, aplicada no âmbito processual. Dessa forma possuem como principal característica a voluntariedade, diferindo dos fatos jurídicos em sentido estrito que são involuntários.

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit.. p. 25.

¹²² “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”

¹²³ GAJADORNI, Fernando da Fonseca. op. cit.. p. 215.

Na definição de Marcos Bernardes de Mello¹²⁴ o negócio jurídico se conceitua como:

O fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação a qual o sistema jurídico faculta as pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Cabe ainda diferenciar o negócio jurídico do ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos não podem ser escolhidos pelo agente, decorrendo somente da lei, o que ajuda a reforçar o grau de disponibilidade concedido aos negócios jurídicos.

Dessa forma, no âmbito processual, o ato que produz ou possa produzir efeitos em função da vontade do sujeito que o pratica pode ser considerado como negócio jurídico processual¹²⁵, enquadrando-se aqui qualquer ato de vontade unilateral ou plurilateral que altere o procedimento legalmente previsto, constitua, modifique, ou extinga situações processuais.

Imperioso que se registre que parte da doutrina processualista se opõe a existência dos negócios jurídicos processuais anteriores a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Candido Rangel Dinamarco¹²⁶ defende que os efeitos dos atos processuais não decorrem da autorregulamentação das partes, mas resultam da vontade lei e por essa razão não poderiam ser considerados como negócios jurídicos. Também na mesma linha seguem Mitidiero¹²⁷ e Câmara¹²⁸, para eles, a vontade dos litigantes apenas poderia resultar nos efeitos definidos pela norma jurídica.

Mesmo havendo tal divergência doutrinária a respeito da utilização do instituto em estudo antes da vigência do novo diploma processual, não mais se questiona sua aplicabilidade no direito brasileiro. O CPC em 2015 vem romper com a estrutura engessada do processo civil existente até então.

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, primeira parte, 7ªed. 2011 p. 225

¹²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 42-43.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 484.

¹²⁷ MITIDIEIRO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 16.

¹²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 248.

Pode-se concluir que a figura dos negócios jurídicos processuais, em especial os atípicos advindos com o novo *codex*, possuem cunho amplamente democrático, levando ao processo uma liberdade aos litigantes que não se via até então nas legislações anteriores, onde sempre reinou o protagonismo jurisdicional¹²⁹.

Conforme já exposto, em face do caráter público do processo as legislações anteriores, pouco ou quase nada, permitiam de interferência das partes no procedimento legal. Após o impulso inicial, elas não detinham autonomia para convencionar a respeito do procedimento, sob pena de influírem nos poderes do magistrado.

O Código de Processo Civil de 2015 vem desmistificar os preceitos concebidos sob a égide das legislações anteriores, intrinsecamente os negócios jurídicos processuais estão ligados à exteriorização de vontade dos sujeitos, consagrando o respeito ao autorregramento da vontade das partes¹³⁰. Houve um elastecimento do espaço de atuação dos litigantes, sendo possível adaptar o procedimento às particularidades do processo sem a interferência/autorização do Estado-juiz.

Neste sentido clarificam Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron¹³¹: “É nessa linha que o Novo CPC resolve adotar a possibilidade ‘negociação’ do procedimento; e, com isso, caminha a passos sincronizados para uma concepção mais democrática de processo, valorizando ainda mais o modelo participativo de processo”.

Em sendo a atividade jurisdicional exercida com o objetivo de dar efetividade à tutela do direito material, a democracia deve se preocupar com a correlata

¹²⁹ Assim também destaca Robson Godinho: “O novo Código de Processo Civil pode ser um relevante marco nessa tentativa de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, promovendo mudanças estruturais na processualística, especialmente ao prever a cláusula geral que autoriza a formação de negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190), além de aumentar o rol de negócios típicos”. (GODINHO, Robson Renault.. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios Processuais**. 4ªed.Salvador: JusPodivm, 2019, v. , p. 587-596 .p.590)

¹³⁰ Corroborando com o ora exposto: “a proposta brasileira de um acordo de procedimento, se estabelece exatamente como contraposição a uma corrente que defende que caberia ao magistrado exclusivamente a gestão do procedimento”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 242).

¹³¹ Idem, p. 251

participação dos sujeitos na construção de uma decisão, especialmente por serem eles os titulares da tutela jurisdicional pretendida¹³².

É preciso consignar que a recente legislação não retira o caráter publicista do processo, mas sim traz um balanceamento entre o publicismo e o privatismo, com a redução dos poderes do magistrado ante a legítima atuação das partes, desaguando em uma mais adequada repartição de poderes no processo¹³³.

3.6 A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PREVISTA NO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 passou a prever diversas modalidades de negócios jurídicos processuais típicos e consagrou a ampla liberdade para negociação processual na forma atípica, positivando a norma fundamental de respeito ao autorregramento da vontade no processo, consagrada no art. 3º, §2º do *codex*¹³⁴. O dever do Estado em promover a solução consensual dos conflitos, recai também sobre a figura do magistrado, sendo possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro se estruturou para dar prioridade a autocomposição, ficando a solução adjudicada como residual.

Cabe-nos esclarecer que, nas hipóteses de os contornos do negócio jurídico processual forem estabelecidos pela lei, estaremos diante de sua figura típica. Do contrário, as convenções atípicas serão aquelas decorrentes da autonomia da vontade e criatividade das partes. Eis a lição de Antônio do Passo Cabral¹³⁵:

As convenções típicas são aquelas expressamente disciplinadas pelo legislador, prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e requisitos de validade e eficácia. Já as convenções atípicas são aquelas praticadas em razão da autonomia das partes, ainda que na legislação não haja um modelo expressamente previsto. (sem qualquer adequação a um tipo).

¹³² CARDOSO, Carolina Dorta; BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. A influência das convenções processuais no processo civil: A autonomia das partes na conformação do procedimento frente ao protagonismo do juiz. In: **XXVI Encontro Nacional do Conpedi**, Brasília, jun., 2017, p. 117-132;

¹³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 137-138.

¹³⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p.261.

¹³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 80

Sobre as convenções típicas prevista no diploma processual civil, podemos citar: a eleição negocial de foro (art. 63), escolha consensual de mediador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168), calendarização processual (art. 191), renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º), adiamento negociado da audiência (art. 362, I), saneamento compartilhado do processo (art. 357, §2º), convenção sobre ônus da prova (art. 337, §3º e §4º), escolha consensual do perito (art. 471).

Contudo a grande novidade referente aos negócios jurídicos processuais no Código se situa no art. 190¹³⁶, uma cláusula aberta que possibilita aos litigantes a criação de qualquer espécie de acordo procedimental, desde que respeitados os limites normativos.

Conforme visto linhas atrás, as convenções processuais não surgem com o Código de Processo Civil de 2015, contudo a legislação representou uma quebra de paradigmas para uma solução autocompositiva sobre o próprio processo de forma muito mais ampla, nas palavras de Rodrigo de Lucca¹³⁷, uma autêntica “disponibilidade processual”.

A técnica legislativa utilizada na confecção do art. 190 é a chamada cláusula geral, que se caracteriza na utilização de uma tessitura aberta e vaga¹³⁸. Na definição de Karl Engisch¹³⁹ a cláusula geral¹⁴⁰ se configura como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.”.

¹³⁶ “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

¹³⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual – A liberdade das partes no processo**. São Paulo: RT, 2019, p. 31;

¹³⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.* p. 262.

¹³⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1968, p.188.

¹⁴⁰ Judith Martins-Costa apresenta o seguinte conceito semelhante: “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 303).

Tem-se, dessa forma, que o legislador pátrio optou por não tipificar quais seriam os resultados dos negócios jurídicos estabelecidos em sua forma atípica, limitando-se a criar uma espécie normativa com incompletude estrutural, tendo parte da doutrina denominado a nova norma de “cláusula geral de convencionalidade”¹⁴¹.

Dessa forma, a flexibilização de procedimento nos moldes do art. 190 do CPC de 2015 permite um acordo muito mais abrangente, cujo os contornos serão determinados pelas partes, o que até então não era permitido na legislação pátria¹⁴². Ninguém melhor do que os próprios litigantes para estruturar modificações de procedimento capazes de atender as suas reais necessidades e conveniências.

Nas palavras de Andrade¹⁴³:

O contrato de processo coloca, então, a lógica contratual ou negocial (= consensual) no âmbito processual, modificando a forma de relacionamento entre partes/advogados e juiz, que se afasta do esquema vertical impositivo e passa a ser horizontal, dando lugar a situações procedimentais acordadas, em concreto, num determinado processo, entre as partes e o juiz.

Importante consignar que a norma não condiciona a validade das convenções processuais atípicas a homologação do juízo, desta forma sua eficácia será imediata, tão logo celebrada pelas partes. Sendo delegado ao juízo o controle de sua validade nos termos do parágrafo único do art. 190¹⁴⁴.

A inovação vem ao encontro do consagrado princípio da cooperação, em que todos os participantes do processo, devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁴¹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 377 e CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 148-150.

¹⁴² “O contrato de processo coloca, então, a lógica contratual ou negocial (= consensual) no âmbito processual, modificando a forma de relacionamento entre partes/advogados e juiz, que se afasta do esquema vertical impositivo e passa a ser horizontal, dando lugar a situações procedimentais acordadas, em concreto, num determinado processo, entre as partes e o juiz.” (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo – REPRO**. ano 36. n. 193. 2011. p.167-200).

¹⁴³ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo –REPRO**. ano 36. n. 193. 2011. p.167-200.

¹⁴⁴ “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”.

Leonardo Carneiro Cunha¹⁴⁵ chega a defender a reconstrução do princípio do contraditório:

Exigindo-se que o processo seja estruturado de forma dialética, com a marca de ser participativo. E isso porque a participação, própria do contraditório, é inerente ao regime democrático. O contraditório de, enfim, instaurar um diálogo no processo entre o juiz e as partes.

Não mais se coaduna com a realidade a figura do hiperpublicismo processual, em que o juiz tudo pode causando o sufocamento da liberdade de prerrogativa das partes¹⁴⁶. Isso apenas contribui para o afastamento do jurisdicionado¹⁴⁷, que não necessariamente leve a resolução dos conflitos.

Institutos como o dos negócios jurídicos atípicos fortalecem a imagem do Estado Democrático de Direito que exige uma participação dos jurisdicionados submetidos as decisões que lhes digam respeito¹⁴⁸.

Mesmo que o processo seja público, não se pode desconsiderar os interesses privados existentes. Os poderes do magistrado devem ser equilibrados com a prerrogativa das partes, em uma clara observância a cooperação buscada no art. 6º do Código de Processo Civil.

Neste ponto, Afirma Fredie Diddier¹⁴⁹ que: “há um verdadeiro macrossistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”, para tanto cita o autor que o CPC de 2015 dedica todo um capítulo a regulamentação da mediação e conciliação, estrutura o procedimento de modo a permitir a autocomposição anteriormente ao oferecimento da contestação, bem como autoriza a inclusão de matéria estranha ao objeto do litígio no acordo judicial, exemplos esses que fortificam um sistema com máximo respeito ao autorregramento da vontade das partes.

¹⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da.. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. 3ªed.Salvador: JusPodivm, 2017, v.I. p. 39-74.

¹⁴⁶ Conclui Murilo Teixeira Avelino: “hoje o Estado juiz é membro do contraditório, somente se sobrevalendo no momento de proferir a decisão, fruto de um diálogo democrático, ético e participativo na prestação da jurisdição”. (AVELINO, Murilo Teixeira. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios Processuais**. 4ª ed. Salvador. Juspodvim. 2019. p. 411-434. p. 414).

¹⁴⁷ Também no mesmo sentido: “O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e o processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual.”. (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Op. cit.. p. 589).

¹⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 60.

¹⁴⁹ DIDIÉ JR., Fredie. **Princípio do autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1.p. 39.

Em razão da abrangência da cláusula geral, se mostra de grande importância o estudo dos limites à liberdade negocial das partes, tema a ser tratado em capítulo próprio, sendo certo que a autonomia privada jamais será absoluta, existindo restrições ao seu exercício¹⁵⁰.

Não obstante, passemos a análise dos elementos compositivos dos negócios jurídicos processuais atípicos.

3.7 O OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

O próprio Código de Processo Civil dispõe a respeito do objeto das negociações processuais ao trazer que a convenção poderá estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O CPC conferiu livre disponibilidade aos litigantes para disporem das situações processuais de vantagem que lhes favoreçam, bem como disciplinar como serão cumpridos os respectivos deveres e como serão suportados os seus ônus¹⁵¹.

Sobre o objeto do negócio jurídico processual, importante consideração faz o doutrinador Flávio Yarshell¹⁵², para ele o objeto das convenções processuais não se limite a regular o processo jurisdicional, podendo se prestar a instituir regulamentação extrajudicial, em especial para realização de atividade de instrução preliminar, semelhante com o que ocorrer nos sistemas do *common law*.

O objeto do negócio jurídico processual deve ser lícito¹⁵³. Neste sentido o próprio Código Civil já coloca como requisito de qualquer negócio jurídico que ele seja lícito, possível e determinado¹⁵⁴.

¹⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra, 1999. P. 78. V. II

¹⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4ed. Salvador. Juspodvim. 2020. p. 267.

¹⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.* p. 82.

¹⁵³ “São nulos, por exemplo, o negócio processual em que a parte aceite ser torturada no depoimento pessoal e o negócio em que as partes aceitem ser julgadas com base em provas de fé (carta psicografada, por exemplo). No primeiro caso, o objeto do negócio é a prática de um crime; no segundo, o objeto do negócio vincula o Estado-juiz, que é laico, a decidir com base em premissa religiosa, o que é inconstitucional (art. 19, I, CF/1988). (DIDIER Jr., Fredie. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1 p.127.)

¹⁵⁴ Assim dispõe o art. 166, II do Código Civil: É nulo o negócio jurídico quando: for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

Quem se encarrega de determinar a licitude dos acordos processuais é o próprio art. 190 do CPC. Segundo a norma é preciso que o direito material admita autocomposição – transação, renúncia ou submissão.

Não é possível que se confunda a expressão indisponibilidade com autocomposição. Em alguns casos pode ocorrer de determinado direito em litígio ser indisponível, mas admitir sua autocomposição, neste sentido citamos os direitos coletivos ou mesmo direito aos alimentos¹⁵⁵.

Flávio Yarshell¹⁵⁶ critica a expressão usada pelo novo código:

Teria sido preferível que o CPC tivesse empregado a terminologia adotada pela lei 9.307/96, mas objetiva e precisa ao falar em litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Insistindo na suposta distinção entre disponível e transacionável, o CPC pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e aos limites do negócio processual.

Exemplifica o doutrinador:

O direito discutido em processo de investigação de paternidade – que pode perfeitamente envolver pessoas “plenamente capazes” – é indisponível. Contudo, ninguém há de negar que o réu, sendo maior e capaz, possa reconhecer a procedência da demanda e assumir a paternidade. Fenômeno análogo pode ocorrer em outros processos relativos a direitos usualmente tidos por indisponíveis.

Conclui-se assim que, não necessariamente a indisponibilidade do direito material discutido em juízo, ou que futuramente pode se tornar litigioso – vez que é possível estabelecer negociação processual anterior ao ajuizamento de ação – inviabilizará a flexibilização procedimental pelas partes.

Linhas adiante tal raciocínio será primordial para que se possa reconhecer a aplicação do instituto nas ações coletivas, cujo direito material discutido será sempre indisponível¹⁵⁷.

3.8 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

¹⁵⁵ Inclusive essa é a redação do enunciado 135 do FPPC: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Disponível em <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2021.

¹⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.* p. 86.

¹⁵⁷ “Mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e a capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual.” (*Ibidem*. p. 86)

Como todo ato jurídico, os negócios processuais possuem pressupostos de existência, validade e eficácia, sendo possível que ele exista em um plano, mas não nos demais, ou seja, exista no mundo jurídico, mas não tenha eficácia.

Em razão de tal característica ímpar, o estudo das convenções processuais deve passar necessariamente pela sua análise nos três planos. Como bem pontua Pedro Henrique Nogueira¹⁵⁸, tal distinção é primordial no plano processual, eis que o ato nulo possui um tratamento jurídico próprio e diferente do ato inexistente, podendo o primeiro se convalidar, mas o segundo jamais.

Passemos então a uma breve análise.

3.8.1 Plano de existência

O plano da existência, resta preenchido com a incidência da norma sobre o fato, uma vez que esteja integrado o núcleo do suporte fático.

Existem elementos gerais que são comuns a todas as espécies de negócio jurídico e precisam estar presentes para que possam existir¹⁵⁹. Não seria diferente com os acordos processuais, sem tais elementos essenciais, o negócio jurídico permanecerá no mundo dos fatos, sem relevância jurídica¹⁶⁰.

O elemento essencial para configuração do suporte fático é a manifestação da vontade, mais precisamente essa vontade deve decorrer do exercício do poder de autorregramento, ou seja, a possibilidade de os litigantes escolherem a categoria jurídica ou situações jurídicas que irão configurar a sua eficácia.

Nos negócios jurídicos unilaterais, bastará uma única manifestação consciente com poder de autorregramento. Por outro lado, quando se tratar de negócio bilateral ou plurilateral, cada um dos sujeitos envolvidos deverá declarar a sua vontade com poder de autorregramento, podendo ocorrer de modo concomitante ou sucessivo.

Não se admite negócio jurídico processual na modalidade accidental, ou decorrente de presunção, exceto se previsto por lei¹⁶¹.

¹⁵⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p. 206.

¹⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32

¹⁶⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 556.

¹⁶¹ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós

Superado o controle de formação do negócio, passa-se ao controle do conteúdo desse, o qual, mais exigente, determinará o preenchimento suficiente da estrutura do suporte fático normativo, a integridade desse preenchimento.

3.8.2 Plano de validade

Para que o negócio jurídico processual seja válido ele deverá atender a todos os requisitos objetivo e subjetivos estabelecidos pelo sistema processual.

Sobre o tema, o doutrinador Italiano Antonio Pallermo¹⁶² elucida que os negócios jurídicos realizados no âmbito do processo serão regidos predominantemente pelos princípios do direito público e somente se aplicam os do direito privado se os requisitos processuais autorizarem.

Subjetivamente será necessária a capacidade (postulatória e processual), bem como a competência e imparcialidade do juízo.

As convenções processuais dependem de sujeitos plenamente capazes conforme dispõe o art. 190 do CPC. Imperioso destacar que a capacidade tratada na norma não é a mesma da disposta no Código Civil¹⁶³, haja vista que entidades despidas da personalidade civil possuem capacidade para firmar acordos processuais em razão de possuírem capacidade de estarem em juízo¹⁶⁴.

Até mesmo os absolutamente incapazes quando representados por um advogado poderão firmar acordos processuais¹⁶⁵, evidente que o patrocínio da causa supre a incapacidade para os atos do processo em si. O mesmo se aplica ao relativamente incapazes como os menores de 18 anos, ébrios habituais, viciados em tóxico, prédigos ou que estão impossibilitados de exprimirem sua vontade.

Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 26. Disponível em < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19591> >. Acesso em 10 fev. 2021.

¹⁶² Il negozio giuridico processuale, cioè compiuto nel processo, è regolato in modo prevalente dai principi di diritto pubblico, mentre i principi di diritto privato sono da applicarsi solo nei limiti in cui ad essi le esigenze processuali consentono. PALERMO, Antonio. **Contributo ala Teoria degli Atti Processuali**. Napoli: Jovene. 1938. p. 76-77

¹⁶³ “Aqui é necessário ter em mente a salutar advertência de que o regime jurídico das capacidades do direito material nem sempre coincide com o regime das capacidades processuais. Há autonomia entre os regramentos das capacidades processual e material. ”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p. 277.

¹⁶⁴ Neste sentido podemos destacar o espólio, a massa falida e o condomínio, muito embora sejam entes despersonalizados civilmente, possuem capacidade para estar em juízo, por consequência também de participar de negócios jurídicos processuais.

¹⁶⁵ Ensina Pedro Henrique Nogueira: “Exigir que as partes sejam “plenamente capazes”, como fez o art. 190 do CPC/2015, não significa dizer que a incapacidade negocial absoluta não pode ser suprimida pela representação ou assistência”. Pedro Henrique. *Op. cit.* p. 279.

Cabe aqui apontar para a regra disposta no art. 166, I do Código Civil aplicável aos negócios jurídicos em geral. A norma apenas considera nula a celebração feita pelo absolutamente incapaz, mas não elimina a possibilidade de o ato ser praticado através de seu representante legal.

Conclui Lorena Miranda Santos Barreiro¹⁶⁶:

Deduz-se, assim, que o termo “parte”, para fins do art. 190 do CPC/2015, possui conotação própria, que não se confunde com os conceitos de parte material e parte processual, aproximando-se ao de sujeito processual. Parte do acordo, seja ele celebrado antes ou durante o processo, é quem tenha potencialidade de figurar como sujeito processual ou quem assim já se ache qualificado.

Na medida em que as convenções podem ser celebradas antes da existência de um litígio, não é correto tratar de modo semelhante as partes do processo e as partes da convenção processual, é possível que em determinada demanda formada em litisconsórcio, a participação somente de alguns dos litigantes nos acordos processuais, havendo terceiros ao negócio processual que serão parte no processo¹⁶⁷.

Por fim, ainda esclarece Rafael Sirangelo de Abreu¹⁶⁸: “o desequilíbrio que resulta de uma má-escolha consciente acerca de uma estratégia processual não pode releva para fins de desconsiderar-se a manifestação autônoma de vontade.”. A convenção desfavorável a uma das partes em termos estratégicos não significa que a sua manifestação tenha sido inválida, sendo diferente da situação em que há um prejuízo ao direito material da parte, o que deve ser buscado no acordo é a igualdade no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da pactuação.

Referente a figura do juiz a doutrina diverge sobre a sua classificação dentro dos acordos processuais atípicos.

¹⁶⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 203.

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 219- 220.

¹⁶⁸ ABREU, Rafael Sirangelo de. **A igualdade e os negócios processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). *Negócios processuais*. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 325-346. p. 342

Na vertente defendida por Antonio do Passo Cabral¹⁶⁹ o magistrado não poderia ser considerado como parte nas convenções, isso porque lhe falta a capacidade negocial, que não pertence a função jurisdicional. Para o doutrinador:

Como afirma Kelsen, a capacidade negocial é o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para, em conformidade com as normas jurídicas gerais e com base em sua autonomia e liberdade, produzirem normas jurídicas individuais. Nesse sentido, a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional. Somente os sujeitos que falam em nome de algum interesse possuem capacidade negocial para estipular regras de procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais. Acordos processuais são celebrados por sujeitos que tomam parte a favor de interesses, e não pelo Estado-juiz

Por faltar a capacidade de negociação ao juiz, não poderia ele ser parte em um negócio processual atípico que pressupõe agente capazes.

Lado outro, na faceta defendida por Fredie Diddier¹⁷⁰, o magistrado pode vir a ser parte no acordo, possuindo poder negocial, sua vontade se soma a dos demais interessados como elemento essencial para celebração do acordo. Acrescenta o doutrinador que a negociação com participação do magistrado não apresenta qualquer prejuízo, pelo contrário, sua presença servirá para uma fiscalização imediata da validade do negócio.

Eduardo José da Fonseca¹⁷¹ utiliza como exemplo de acordo processual entre partes e juiz a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública.

Em que pese a celeuma doutrinária, em termos práticos, colocar o magistrado como parte ou não do pacto não altera o fato de que a chancela do Poder Judiciário não é requisito de validade nos negócios processuais atípicos¹⁷² sendo, no entanto, clarividente impedimento de efetivação caso haja negativa de aplicabilidade pelo magistrado que, conforme o parágrafo único do art. 190 do CPC, atribui ao julgador o controle da validade das convenções.

Nesse sentido, destacamos as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: “A audiência pode ser adiada por convenção das partes, o que configura um

¹⁶⁹ *Ibidem.* p. 223- 224.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. op. cit.. p. 150,370.

¹⁷¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo. RT. 2012, n. 212;

¹⁷² Em alguns negócios jurídicos processuais típicos a lei coloca como requisito a homologação judicial, podendo ser citado o art. 200, §único do CPC (desistência da demanda) e o saneamento compartilhado (art. 357, §2º CPC), nestes casos a eficácia dependerá do magistrado.

autêntico negócio jurídico processual e consagra um direito subjetivo dos litigantes, sendo prescindível a homologação judicial para sua eficácia.”¹⁷³. E: “O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.”¹⁷⁴.

Objetivamente será exigido que o negócio processual respeite ao formalismo processual. Em que pese a imprescindibilidade de forma, nos cabe indicar a necessidade de a manifestação expressa pelas partes a respeito do acordo processual, explica Flávio Yarshell¹⁷⁵:

O brocardo “o que não está nos autos não está no mundo” não se limita a garantir o contraditório e a publicidade, mas a permitir que tudo quanto produzido no processo seja concretamente acessível a todos que se habilitam para tanto; durante e, eventualmente, até mesmo depois de encerrado o processo.

Evidente que a aferição do negócio jurídico processual necessita de uma exteriorização do pacto, caso contrário inviabilizaria ao juízo a análise dos requisitos de validade.

O CPC não permite que o acordo processual seja firmado em situações de manifesta vulnerabilidade. Nos moldes apontados anteriormente tal requisito de validade deverá ser auferido no âmbito processual sempre observando situações concretas¹⁷⁶.

Há existência de uma parte vulnerável na relação de direito material não possui o condão de invalidar, somente por esse motivo, uma convenção processual. Basta imaginarmos ocasiões, nas quais a flexibilização procedimental lhe possa ser útil, *v.g.* um acordo para a redução de prazos processuais com o objetivo de uma resolução mais célere do mérito.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1524130 PR 2015/0072597-4**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 03/12/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2019.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1810444 SP 2018/0337644-0**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 23/02/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2021.

¹⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.* p. 81.

¹⁷⁶ “Não há a figura do vulnerável por presunção”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p.279).

Sobre o assunto Pedro Henrique Nogueira¹⁷⁷ explica que a vulnerabilidade disposta no parágrafo único do art. 190 se relaciona com a acepção técnica/jurídica do termo¹⁷⁸, ou seja, ausência de conhecimento dos termos processuais, não se vinculando então a questões econômicas, sob esse ponto de vista, somente uma “hipervulnerabilidade negocial” teria o condão de invalidar o negócio jurídico processual atípico¹⁷⁹.

Mais uma vez, o patrocínio da causa por meio de advogado, ou mesmo a assistência do Ministério Público ou Defensoria, sujeitos qualificados tecnicamente para qualquer tipo de ato jurídico é indicativo da ausência de vulnerabilidade. Lado outro, utilizando-se do processo trabalhista como exemplo, uma demanda em que o trabalhador se utiliza de sua capacidade postulatória (*jus postulandi*) sem o auxílio de advogado ou sindicato, claramente o coloca em manifesta vulnerabilidade negocial por não possuir conhecimento técnico com relação às normas processuais¹⁸⁰.

Dessa forma, na análise do caso em concreto deverá o magistrado identificar uma quebra da isonomia em razão de grave desequilíbrio negocial entre as partes, distorcendo suas manifestações de vontade¹⁸¹.

Acrescenta Fredie Didier Jr¹⁸²:

Há quem seja juridicamente capaz e vulnerável. As posições jurídicas de consumidor e de trabalhador costumam ser apontadas como posições vulneráveis, nada obstante envolvam sujeitos capazes. Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser constatada *in concreto*: será preciso demonstrar que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o.

¹⁷⁷ *Idem*. p. 279.

¹⁷⁸ De modo divergente pontua Marco Paulo Di Spirito: “Para fins de aplicação do art. 190, parágrafo único, do CPC/2015 devem ser consideradas todas as vertentes de vulnerabilidade construídas pela doutrina e encampadas pela jurisprudência, a abranger a vulnerabilidade fática, a vulnerabilidade econômica, a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade científica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade do paciente, a vulnerabilidade de gênero, a vulnerabilidade da gestante, a vulnerabilidade do dependente químico”. (SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. **Revista de Processo**, nº 249. São Paulo: RT, 2015, p. 141-172).

¹⁷⁹ “A condição de pobreza da parte, isoladamente, não constitui empecilho à celebração de acordos processuais.”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p. 279)

¹⁸⁰ Nestes termos é o enunciado 18 do FPPC: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.”.

¹⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. op. cit. p. 322;

¹⁸² DIDIER Jr., Fredie. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015**. op.cit. p.126.

Também sobre os limites, Flavio Luiz Yarshell¹⁸³ reconhece que, por se tratar de uma espécie de negócio jurídico, as condições de validade previstas nos artigos 166 e 167 do Código Civil também precisam ser obedecidas¹⁸⁴.

3.8.3 Plano de eficácia

O estudo das convenções processuais no plano de eficiência passa pelo exame das situações em que o negócio jurídico é válido, porém ineficaz.

É possível que a propagação de efeitos da convenção fique sujeito a uma condição ou termos. Para quem já possui o poder de autorregramento da vontade, pode consequentemente limitá-lo¹⁸⁵.

Contudo a pontuação que se faz necessária dentro do presente tópico é se os negócios jurídicos processuais atípicos terão eficácia imediata ou se dependem da chancela do Estado-juiz.

O cerne da resposta se encontra no art. 200 do Código de Processo Civil, fazendo-se necessária à sua transcrição: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”. De uma singela leitura do dispositivo se percebe que o acordo processual existente e válido produzirá efeitos de imediato, sem a necessária ratificação judicial¹⁸⁶. A exceção ficaria por conta da desistência, que só produzirá efeitos após a homologação judicial.

Ao comentar o dispositivo Daniel Mitidieiro e Carlos Alberto de Oliveira¹⁸⁷ o conceituam como a “regra da eficácia imediata dos atos processuais das partes”,

¹⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. 4 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 79-99.

¹⁸⁴ Também no mesmo sentido: “Para serem válidos, os negócios processuais sevem: a) ser celebrados por pessoas capazes; b) possuir objeto lícito; c) observar forma prevista ou não proibida em lei (arts. 104, 166 e 167, Código Civil). O desrespeito a qualquer desse requisitos implica nulidade do negócio processual.” (DIDIER JR., Fredie. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015**. *op. cit.*, p. 115-135).

¹⁸⁵ Nas palavras de Pedro Henrique Nogueira: “onde há o autorregramento da vontade, pode haver a autolimitação da vontade.”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* p. 213).

¹⁸⁶ Neste sentido são os seguintes enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis: n. 133 “salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial” e nº 260 “a homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

¹⁸⁷ MITIDIEIRO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287, v.1.

não deixando dúvidas sobre a partir de qual momento a convenção passa a gerar efeitos.

Antonio do Passo Cabral¹⁸⁸ fundamenta a desnecessidade da homologação judicial para eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos em três pontos: (a) as convenções decorrem da autonomia das partes que auto regulam o procedimento independente da intermediação de outros sujeitos, aqui incluída a figura do magistrado; (b) o CPC autoriza a celebração de acordos pré-processuais, ou seja, anteriores aos conflitos, não havendo sentido exigir a homologação judicial; (c) exigir a chancela do judiciário para a necessária eficácia seria negar a autonomia na qual a negociação se baseia.

Tais argumentos ganham ainda mais força quando se analisa o art. 139, V do CPC, de modo que o magistrado deverá abster-se de contrariar o convencionado entre as partes, bem como evitar o reconhecimento da matéria de ofício.

¹⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.* p. 232-233

4. APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NAS AÇÕES COLETIVAS

No capítulo anterior foram abordados os aspectos jurídicos e técnicos dos negócios processuais atípicos em sua perspectiva ampla, objetivando traçar um panorama geral acerca da utilização do instituto no processo civil tradicional.

Neste capítulo, adentraremos no estudo específico da aplicação do instituto nas lides coletivas. Análise que demanda um estudo da sua compatibilidade com o microssistema processual coletivo e princípios que os regem.

Em razão da ausência de previsão legislativa expressa na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, seria possível aplicar o disposto no art. 190 do CPC? É o que se pretende explorar nas linhas abaixo.

4.1 APLICAÇÃO DO CPC/15 AO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

Sobre o diálogo entre CPC e microssistema de processo coletivo, destacamos o disposto no art. 19 da LACP, que possibilita a aplicação do Código de Processo Civil nas lides coletivas desde que não contrarie as disposições contidas na norma específica. Previsão quase idêntica está no 90 do CDC que autoriza a utilização do CPC para as ações na defesa do consumidor em juízo, respeitado o mesmo requisito de compatibilidade.

Já a norma geral de processo civil dispõe em seu art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”.

Dessa forma, tem-se a autorização legislativa expressa para o diálogo de fontes entre CPC e microssistema de tutela coletiva.

Contudo, diferentemente do CPC de 1973, cuja aplicação ao microssistema de tutela coletiva era basicamente de um diploma residual, o mais novo Código de Processo Civil mantém uma relação de mão dupla¹⁸⁹ com o microssistema, cuja aplicação é direta e não apenas residual ou subsidiária.

Tal se dá em razão de o legislador ter mencionado expressamente situações aplicáveis ao processo coletivo, trazendo novas normas jurídicas para ele, neste

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. op. cit.. p. 74.

sentido destacamos três: i) o dever de comunicação previsto no art. 139, X, dispositivo que determina ao juízo a necessária comunicação aos entes legitimados para a propositura de ação coletiva quando se deparar com demandas repetitivas; ii) suspensão dos processos coletivos em razão da instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, disposição contida no art. 982, I; iii) aplicação da tese jurídica firmada também nas lides coletivas, nos termos do art. 985, I.

Introduzidas as premissas basilares para a interdisciplinaridade do assunto, vamos ao estudo da compatibilidade.

4.2 A COMPATIBILIDADE DO ART. 190 COM AS REGRAS E PRINCÍPIOS DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

Ante a existência de regra e princípios próprios do microssistema de tutela coletiva, a importação de um instituto para o processo coletivo não poderá conflitar com as regras aplicáveis a ele.

Sempre que houver uma lacuna no conjunto de normas que forma o microssistema de tutela coletiva caberá ao aplicador do direito buscar uma solução para o problema dogmático dentro do próprio emaranhado de leis. Na lição de Rodrigo Mazzei¹⁹⁰, uma leitura “intercomunicante de vários diplomas”.

Por este ângulo, há que ser utilizada a aplicação simultânea de mais de uma lei e sob o tema diálogo das fontes, ensina Cláudia Lima Marques¹⁹¹:

Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa) à conveniência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade ‘narrada’ ou “comunicada” em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral.

O uso de qualquer norma fora do conjunto de leis que regulamentam a tutela de interesses transindividuais em juízo demanda uma análise de máxima cautela, considerando primeiramente a efetiva ausência de previsão legal no processo coletivo, bem como compatibilidade com a sua principiologia.

¹⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 410-411

¹⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo. RT. 2012. p 28-29

Ocorre que com o Código de Processo Civil 2015 a sistemática será diferente, pois, como visto no tópico antecedente ele passa a integrar o microssistema em permanente diálogo sistemático de coerência¹⁹², havendo aplicação simultânea das leis, de modo a servir de base para as outras.

Por tal razão, para justaposição dos negócios jurídicos processuais atípicos nos processos coletivos deixa de ser necessária a análise da omissão legislativa específica para a tutela coletiva em juízo. Ao reconhecer o CPC como inserido no conjunto do microssistema, automaticamente estará cumprido o primeiro requisito da omissão legislativa.

Assim restará a análise da compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com os princípios da tutela coletiva. Estudo esse que também perpassa por dois pontos, quais sejam, a ausência de contrariedade aos princípios gerais do processo coletivo e a observância da natureza específica deste tipo de ação.

A proteção de direitos transindividuais feita em juízo possui princípios próprios que se diferenciam do processo comum focado no individualismo das partes. Mesmo tendo o CPC/2015 evoluído em relação ao seu antecessor quanto ao reconhecimento das ações coletivas, é certo que a grande maioria dos institutos ali contidos foram pensados considerando a proteção de direitos individuais.

Para se adentrar em um breve estudo sobre os princípios que norteiam o microssistema de tutela coletiva não se pode deixar de trazer a lição de Canotilho¹⁹³ sobre a diferença entre regras e princípios:

a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são

¹⁹² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. RT, 1994, p. 28.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 1160-1161

normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Os princípios, portanto, serão de um grau de abstração mais elevado, com características de indeterminabilidade e servirão como pilares na construção de um determinado sistema jurídico. E, em que pese a superioridade hierárquica dos princípios com relação as normas, é certo que a articulação entre eles será indispensável para solução de eventuais conflitos ou lacunas normativas¹⁹⁴, proporcionando a solução mais condizente com os objetivos balizadores do microssistema.

Passemos então a breves colocações a respeito de alguns princípios norteadores do processo coletivo.

A ciência processual estabeleceu princípios gerais para servir de base ao sistema processual, entretanto também identificou que existem princípios próprios e específicos de um ramo do direito, cabendo a nós o estudo relativo ao processo coletivo.

Na lição de Maria da Graça Barbosa¹⁹⁵:

A descoberta de princípios próprios a identificar um novo ramo do processo é, nessa perspectiva, um ato de construção da doutrina e da jurisprudência, sendo possível também que decorra de codificação e embora essa hipótese não seja corrente, é exatamente o caminho que se pretendeu trilhar para o processo coletivo no Brasil.

Não há um consenso doutrinário quanto ao número de princípios específicos do ramo do direito em estudo, razão pela qual não pretendemos exaurir o tema, mas sim trazer algumas reflexões a respeito da compatibilidade entre os negócios jurídicos processuais e a parte principiológica do microssistema de tutela coletiva.

Inicialmente é preciso pontuar a respeito do devido processo legal coletivo que advém da necessidade de construção de um regime diferenciado para tutela

¹⁹⁴ VIDOTTI, A. F.; SILVEIRA, R. DOS R. Direitos coletivos e cidadania: comentários sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo judiciário e as políticas públicas voltadas à assistência farmacêutica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Revista Paradigma**, n. 21, 28 fev. 2014. Disponível em < <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/200/190> >. Acesso em 02 fev. 2022. p. 100.

¹⁹⁵ BARBOSA, Maria da Graça Bonança. **Os princípios do processo coletivo e o papel do juiz em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo na justiça do trabalho**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-21082017-134909. Acesso em: 10 out. 2021. p. 50

coletiva de direitos, se consagrando na garantia das partes de que as regras do processo serão observadas e que os litigantes serão tratados com isonomia¹⁹⁶.

Neste sentido é a lição de Rodolfo Mancuso¹⁹⁷: “o devido processo legal, como entendido na jurisdição singular, não comporta traslado puro e simples para o ambiente processual coletivo, mas reclama uma reciclagem, que passa pela releitura do arsenal existente, a par da criação de categorias específicas.”

O processo coletivo necessita de um regramento próprio com um enfoque muito mais social que individual¹⁹⁸. A sua definição se constrói através de três pilares fundamentais, quais sejam, a ciência das partes acerca do processo que pode afetar seus interesses, aqui incluído o direito de serem ouvidas antes da decisão, a plena participação durante as fases do processo e a decisão pública e fundamentada de um juiz imparcial¹⁹⁹.

Ao lado do devido processo legal coletivo, também se mostra como princípio balizador do processo coletivo o amplo acesso à Justiça, aqui entendido, não só como o direito das partes de viabilizar a interposição das ações, mas sim terem a real percepção de que contam com um sistema processual que dará solução as demandas²⁰⁰.

Vale ressaltar que o acesso à Justiça está ligado a história dos direitos coletivos, tendo em vista que os novos direitos não poderiam ser tutelados com o sistema jurídico existente até então, concebido sob a ótica individual, sendo necessária a reformulação dos instrumentos.

Ademais, necessário se faz elucidar a respeito do princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, que se configura na obrigação de o Poder Judiciário priorizar a decisão de mérito, dispendendo todo o esforço possível para que ela ocorra.

O próprio artigo 4º do Código de Processo Civil (integrante do microssistema de tutela coletiva) tratou de tipificar o direito das partes em obter, em prazo razoável, a solução integral de mérito, sendo certo ainda que outros artigos do código também reforçam a concretização desse princípio, como por exemplo, o artigo 139, IX que

¹⁹⁶ Idem. p. 59

¹⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. op. cit.. p. 286.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 82, 1987, p. 180-197

¹⁹⁹ VITORELLI, Edilson. Op. cit.. p. 169;

²⁰⁰ BARBOSA, Maria da Graça Bonança. p. 59

impõe ao magistrado o dever de determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais, com o objetivo de se garantir a extinção do processo com resolução do mérito.

Referente ao processo coletivo podemos citar a regra prevista no art. 5º, §3º da LACP, que determina a obrigatoriedade de o Ministério Público assumir a demanda transindividual quando da desistência infundada ou abandono da ação por outro legitimado. Ou seja, o próprio legislador tratou de evidenciar a importância de se evitar a extinção sem resolução de mérito.

Decorrente do mesmo princípio temos o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que impossibilita a coisa julgada nos casos de falta de provas. Sobre a norma explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti²⁰¹: “o que se pretendeu foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse efetivamente de mérito, não uma decisão que se limite a aplicar o ônus da prova como regra de julgamento.”.

Outro importante princípio norteador do processo coletivo é o da participação social, que decorre do próprio contraditório, mesmo sendo a ação coletiva instaurada por um terceiro, o microsistema garante a participação dos interessados. Basta que atentemos para o disposto no art. 94 do CDC²⁰².

Explana Ada Pellegrini Grinover²⁰³: “Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.

Ainda sobre o tema Maria da Graça Barbosa²⁰⁴ tece os seguintes comentários:

Se o conflito coletivo desafia uma decisão que trará grandes e relevantes impactos para uma coletividade, parece claro que essa coletividade deverá ser esclarecida sobre as possibilidades de solução e ser ouvida a respeito

²⁰¹ Op. cit.. p 129.

²⁰² “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. ”

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

²⁰⁴ BARBOSA, Maria da Graça Bonança. op. cit.. p. 72

delas, pois tal forma também concretiza a democracia participativa, que não pode ser restrita ao aspecto político do voto popular.

Assim, poderá o juiz designar audiência pública, com ampla divulgação aos interessados, efetivando a condução do processo com a participação daqueles afetados pela posterior decisão judicial²⁰⁵. Parece-nos claro que só com a efetiva participação social é que será possível alcançar os fins objetivados pela tutela coletiva.

Também de grande relevância é o princípio da reparação integral dos danos coletivos ou máxima efetividade que assegura a total prevenção e reparação dos danos causados. O próprio CDC reconheceu em seu art. 83 que “para a defesa dos direitos e interesses transindividuais são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”.

Deverá o magistrado na condução do processo observar a execução das medidas determinadas para que seja garantida a reparação dos danos acarretados à coletividade.

E, por fim, convém pontuar acerca do princípio da predominância de aspectos inquisitórios no processo coletivo. Sobre o assunto Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti²⁰⁶ explicam que o processo coletivo é estruturado de modo a predominar os aspectos do modelo inquisitorial de processo: “Seja em função dos sujeitos tutelados (grupos), seja em função das situações litigiosas (direitos coletivos), permite-se uma conduta mais incisiva, participativa, dirigente e decisiva do juiz em matéria processual coletiva do que nos processos individuais.”.

O juiz nas demandas que tutela direitos transindividuais possui uma característica mais controladora em razão da indisponibilidade do direito material e processual envolvidos na discussão.

Claro está que, em um primeiro momento os negócios jurídicos processuais não violam os princípios aqui explicados, mas caberá ao magistrado o controle da

²⁰⁵ Sobre tal questão Elton Venturi escreve: “Nesse passo, nós do Ministério Público devemos confessar uma *mea culpa*. Muitas vezes, até mesmo pela pressa, pelo acúmulo de trabalho, enfim, por motivos escusáveis e inescusáveis, acabamos por propor uma ação civil pública de imediato, ao invés de, previamente, legitimarmos a nossa atuação como Ministério Público, ouvindo a sociedade interessada previamente à distribuição da inicial em juízo. Da mesma forma ocorre com os magistrados. Demandas coletivas do maior grau de complexidade e importância são por vezes julgadas sem qualquer participação social durante o procedimento”. VENTURI, Elton. **Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas**: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 62-63.

²⁰⁶ Op. cit.. 140-141.

legalidade da convenção, ou seja, se no caso em concreto houver possível violação as normas basilares, o acordo será anulado.

Sobre a contrariedade com os princípios gerais Gregório Assagra de Almeida²⁰⁷ traz importante ensinamento:

Caso não sejam observadas essas regras e se parta para a aplicabilidade das regras ortodoxas liberais e individualistas do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Ao deparamos com a figura das convenções processuais, notamos que o seu principal foco está na adaptabilidade do procedimento às características singulares do direito em debate ou então das partes.

O instituto tende a aperfeiçoar a tutela dos direitos transindividuais, negar a aplicação das convenções processuais neste âmbito viria a suprimir a possibilidade de flexibilização de procedimento para uma proteção mais eficaz de direitos difusos e coletivos²⁰⁸.

Destacamos que a flexibilização procedimental por meio de convenção das partes é um dos principais instrumentos do Código de Processo Civil no que concerne a celeridade processual e a duração razoável do processo, já que o diploma coloca como um de seus princípios o da cooperação, objetivando que todos os sujeitos do processo cooperem para uma solução mais adequada, célere e acertada²⁰⁹. Objetivos esses que também devem ser buscados nas demandas transindividuais.

²⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva. 2007. p.569

²⁰⁸ “no impide la inversión convencional em los processo que tratan de derechos indisponibles, sino tan solamente la inversión em esos casos contra el titular del derecho em cuestión. Em outros términos: si la inversión por convención fuese hecha em processo que se litiga sobre derecho indisponible em favor del titular del derecho, entonces no hay que hablar de nulidade”. (MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones Procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso**. Lima: Ranguel, 2015.p.360.

²⁰⁹ “É nessa linha que o Novo CPC resolve adotar a possibilidade de ‘negociação’ do procedimento; e, com isso, caminha a passos sincronizados para uma concepção mais democrática de processo, valorizando ainda mais o modelo participativo de processo”. THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematizações**. op.cit.. p. 251.

Nas palavras de Luiz Fux²¹⁰: “os institutos jurídicos devem ser desenhados e direcionados à maximização do bem-estar social, deles extraíndo a maior eficiência e potencialidade possíveis.”

Considerando que uma das maiores pretensões do último Código de Processo Civil seja a promoção de uma solução não só rápida, mas também satisfatória aos litigantes, não há senão a efetivação da cooperação sem uma abertura de um espaço ideal para a participação das partes na construção do procedimento, sendo a negociação processual atípica um meio processual democrático para tanto.

A expressão negócio processual, não autoriza que as partes que controlem todos os efeitos do acordo, em determinadas situações os efeitos do ato independem do autorregramento e será determinado pela lei²¹¹.

Poder-se-ia argumentar que a adaptabilidade no processo coletivo seria prejudicial a segurança jurídica e previsibilidade dos atos, podendo assim violar os princípios do microsistema, para derrubarmos este argumento recorreremos a lição de Fernando Gajardoni²¹²:

A segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento, eis que a flexibilização pode se dar com plena participação e ciência das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e tampouco preestabelecidas.

Vale pontuar aqui que, reconhecer a aplicabilidade das convenções processuais para as demandas coletivas, não significa necessariamente retirar o poder de condução do processo do juízo e passar as partes, ou mesmo, dizer que elas poderiam regulamentar o procedimento ao seu bel prazer²¹³.

Na lição de Chiovenda²¹⁴: “designando um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou que o direito reconheça a vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado”.

²¹⁰ FUX, Luiz. **Processo Civil Contemporâneo**. op. cit.. p.16

²¹¹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo** – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 270.

²¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*. p. 225.

²¹³ José de Oliveira Ascensão pontua que “ a autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. op. cit., p. 78).

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. op. cit., p.26, v.3)

O autorregramento concedido pelos acordos processuais encontra diversos limites que serão expostos no penúltimo capítulo deste trabalho, sendo certo que ao magistrado caberá o dever de controle da legalidade do ato, assim como acontece com as resoluções consensuais de conflitos. Não será permitido que determinado negócio jurídico processual venha causar o enfraquecimento da tutela coletiva.

Destacamos dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis que coadunam com toda argumentação aqui colocada. O de n. 255: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva” e o de n. 253 que reconhece a possibilidade de o Ministério Público celebrar negócio jurídico processual: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte.”.

Nesta lógica, trazemos à tona a Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público²¹⁵ que já autorizava a celebração de convenções processuais pelo órgão antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015²¹⁶.

Também ensina Paulo Henrique Nogueira²¹⁷:

Direitos difusos, como o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, conquanto sejam indisponíveis, não repelem, quando postos em litígio a celebração de negócios processuais, ou até mesmo de convenções sobre o processo anteriormente à litispendência, como sucederia nos compromissos de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, art. 5º, §6º) que contemplassem disposições relacionadas ao procedimento ou aos ônus, direitos, faculdades e deveres dos envolvidos, pois se não é possível a disposição do próprio direito em si, permite-se a transação, no mínimo, sobre o modo da respectiva satisfação.

²¹⁵ BRASIL. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. **Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>> Acesso em: 05 de mar. 2021. p. 03

²¹⁶ Merecem destaque as seguintes normas: Art. 1º, § único “Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos; Art. 15. “As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos”; Art. 16. “Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais; Art. 17. “As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta. *Op. cit.*..

²¹⁷ *op. cit.* p. 273.

Ainda que sobre tema distinto, recorremos as palavras de Talamini e Wambier²¹⁸, para quem o negócio jurídico processual será válido e eficaz, mesmo inserido em contrato de adesão, salvo se configurar enfraquecimento processual da parte aderente.

4.3 AUTOCOMPOSIÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS PROCESSOS COLETIVOS, UMA ANÁLISE NECESSÁRIA PARA UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Dentre os requisitos da convenção processual previstos no art. 190 do CPC/2015 o que merece uma investigação mais aprofundada sobre sua compatibilidade com as lides coletivas é a necessidade de o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição.

A expressão não pode ser tida como sinônimo de direitos disponíveis. É possível que o direito material em debate seja indisponível, mas admita acordo judicial ou até mesmo extrajudicial.

Nessa toada, passemos a análise da autocomposição nas lides moleculares.

Os direitos coletivos, em todas as suas espécies, são por natureza indisponíveis, seja em razão das peculiaridades relacionadas com a sua titularidade, mas especialmente pelo fato de sua tutela jurisdicional ser exercida por terceiros.

Importante pontuação faz Alexandre Amaral Gavronski²¹⁹:

Dai se concluir que os direitos coletivos (lato sensu) são indisponíveis pelos legitimados coletivos, independente da natureza desses direitos, ou seja, se materialmente disponíveis ou se indisponíveis pelo próprio titular. Não se trata, pois, de (in)disponibilidade dos direitos em si, mas de uma indisponibilidade pelos legitimados a defendê-los.

Não cabe, portanto, aos legitimados abdicarem ou mesmo renunciarem materialmente um direito pertencente aos integrantes do grupo, classe ou categoria.

Contudo, mesmo diante desta característica, sob a ótica de uma tutela mais eficaz dos direitos e interesses transindividuais, admite-se a autocomposição em processos coletivos.

²¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, V.1. p 517.

²¹⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coord.). **Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. .P.350

Com a ampliação do acesso à justiça a partir da Constituição Federal de 1988 houve um aumento progressivo no volume de processos que tramitam perante o Poder Judiciário. Em consequência deste crescimento a morosidade da justiça passou a ser uma realidade enfrentada por qualquer litigante²²⁰.

Reconheceu-se então a ineficiência do Judiciário para resolução de todo e qualquer conflito²²¹. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover²²²:

Não há dúvidas de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça.
É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.
A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental [...] tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários.

Vicenzo Vigoritti²²³, citando a realidade na Itália, esclarece que não há mais recursos a serem destinados aos serviços estatais, uma vez que o Poder Judiciário não funciona de acordo com as exigências do nosso tempo, sendo necessário assim, o fomento aos meios alternativos de resolução de conflitos, sob pena de adotar-se uma estratégia quase suicida.

Nesta toada, objetivando a redução e prevenção de litígios, bem como uma tutela mais eficaz, ganha espaço a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos²²⁴ nas violações de direitos difusos e coletivos.

²²⁰ "A equivocada leitura do acesso à Justiça implica considerar o Judiciário como o natural escoadouro de qualquer controvérsia. Em decorrência disso, todo litígio tem sua entrada em juízo franqueada e facilitada, gerando e alimentando a perpétua crise numérica, tão criticada pela opinião pública.[...] Sem oferta efetiva de outros meios de composição de litígios, vive o Judiciário uma crise de legitimidade, de confiança, frequentemente acusado, em especial pelos meios massificados de comunicação, de não ser apto a resolver o mister que lhe é constitucionalmente atribuído." ZANFERDINI, F. A. M.. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em 01 mar. 2021. p.242.

²²¹ "A mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 9. 61.

²²² GRINOVER, Ada Pelegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo. ano 4. n. 14. jul-set. 2007. P.16.

²²³ VIGORITI, Vincenzo. Mito e Realtà. Processo e mediazione. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, n. 192, fevereiro de 2011. P. 395.

²²⁴ Na definição da doutrinadora portuguesa Marina Gouveia os meios alternativos de resolução de resolução de conflitos podem ser definidos como " conjunto de procedimento de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais". Propositamente a definição é vaga e estabelecida de forma negativa, ou seja, resolução não judicial. (GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17.)

Para evitar a prática de ilícitos ou para que os atos que violem direitos coletivos cessem com a minimização de prejuízos, quanto mais rápida a solução do conflito melhor. Uma resolução consensual desses litígios possibilita a proteção mais eficiente e permite a pacificação social²²⁵.

A indisponibilidade dos interesses coletivos não impede a celebração de transação que vise estipular mecanismos para a sua efetiva tutela, como por exemplo, concessão de prazo, definição de modos de cumprimento, ou mesmo, parcelamento de obrigações.

A economia de tempo e valores, por si só, já justificam e favorecem a solução consensual dos litígios metaindividuais²²⁶, no âmbito dos processos coletivos, há sempre que prevalecer o interesse da efetiva tutela e valores maiores da sociedade civil.

Sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, muito bem pontuam Aline Magalhães e Vitor Eça²²⁷:

As bases sobre as quais vivemos até o presente, em muitos aspectos, já não respondem bem aos anseios da sociedade, que granjeia novos modelos.

Mais uma vez a realidade reflete no âmbito jurídico, emergindo uma busca por alternativas à forma tradicional de resolução de conflitos, pois a usual já não responde bem aos desejos e ao perfil dos jurisdicionados.

E continuam:

A pacificação, neste caso, extrapola os muros da Justiça e deita seus efeitos em esferas extraprocessuais na medida em que não haverá no convívio social perdedores e vencedores, mas cidadãos com capacidade de discutir e resolver seus conflitos de maneira democrática e participativa o que gera, em última análise, um maior comprometimento no cumprimento do que fora acordado.

A característica impositiva da decisão judicial tem causado afastamento entre Poder Judiciário e jurisdicionado²²⁸. Assim, qualquer forma de resolução de

²²⁵ CAMBI, E. A. S.; SOUZA, F. M. . Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. **Revista da Ajuris**, v. 42, p. 225-245, 2015. P. 227.

²²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 12 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011 .p..267.

²²⁷ MAGALHÃES, A.; EÇA, V. Conciliação: instrumento de resolução de conflitos efetivamente compartilhado e democrático. **Revista Paradigma**, n. 22, 7 ago. 2014. Disponível em < <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/239>>. Acesso em 01 fev. 2021.p 271-277

²²⁸ Neste sentido são os dizeres da doutrinadora Portuguesa Mariana Gouveia: “A consequente marginalização do cidadão tornou-se insustentável com a evolução social – os donos dos conflitos

conflito buscada pelas próprias partes sem a submissão a vontade de terceiros tende a ser cumprida sem outros embaraços. Explica Luiz Fernando Keppen²²⁹ que a liberdade das partes escolherem a melhor forma de resolução de conflito aumenta a possibilidade um “agir consciente”, estimulando o conhecimento, a responsabilidade, a urbanidade, gerando assim uma função extra de pacificação social²³⁰.

O grande exemplo de resolução consensual de conflitos coletivos é o termo de ajustamento de conduta (TAC), inserido no §6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública²³¹. Na lição de Geisa Rodrigues²³² o TAC é um meio alternativo de proteção de interesses difusos ou coletivos que não pretende substituir a atividade jurisdicional, mas sim complementá-la nas hipóteses em que a solução negociada se mostre mais apropriada.

O termo de ajustamento de conduta que se mostre apto a tutelar o bem jurídico ao qual se destina, tem o poder de dispensar a propositura de ação coletiva em razão da falta de interesse processual²³³²³⁴. A desobstrução dos tribunais buscada através da autocomposição precisa ser considerada como verdadeiro equivalente jurisdicional, passando a ter status de instrumentos utilizados no quadro da política judiciária²³⁵.

pretendem dominá-los, controlando quer o processo, quer a solução. O mundo em que hoje vivemos terá seguramente defeitos, mas tem a vantagem de ter trazido às pessoas a legitimidade de decidir e a possibilidade de discordar. A autoridade já não é suficiente para a aceitação de uma decisão. O cidadão exige a explicação e exige ser convencido por ela.”. Mariana Gouveia se utiliza da expressão “aprofundamento da Democracia”. (GOUVEIA, Mariana França. op cit. p. 30);

²²⁹ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi. Projeto R.A.C.(Resolução Alternativa de Conflitos) para os Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais**. São Paulo: Editora Fiúza. ano 10. v.38. out/dez. 2005. p.38;

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008.p. 72

²³¹ “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”

²³² RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – Teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²³³ CAMBI, E. A. S.; SOUZA, F. M. . op. cit..p. 239

²³⁴ Neste sentido também pontuam Carolina Cardoso e Luiz Fernando Bellinetti: “o TAC tem se mostrado como um efetivo instrumento de concretização dos interesses transindividuais, porquanto possibilita que os entes públicos legitimados à propositura da demanda coletiva, convençionem a respeito da melhor forma em que se dará a reparação do dano, antes que a ação coletiva se instaure. Leia-se, a convenção não tem como objeto o direito material, mas o melhor caminho para se alcançar a efetiva tutela desse direito” (DORTA CARDOSO, CAROLINA; BELLINETTI, LUIZ FERNANDO . A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM AÇÕES COLETIVAS. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 3, p. 18-35, 2017.Disponível em < <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1970>>. Acesso em 10 nov. 2020 p. 26)

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. op. cit.. P.18.

Sobre o objeto da transação, faz-se necessário transcrever o alerta feito por Ana Luíza de Andrade Nery²³⁶:

O espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...). As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmem caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento.

Assim, há que se concluir que, embora os interesses coletivos estejam protegidos pelo manto da indisponibilidade, há certa parcela de disponibilidade que permite uma margem para negociação²³⁷. Por tal característica não se poderia negar a possibilidade de adoção das convenções processuais no âmbito transindividual.

O raciocínio que se deve ter é o da lógica de quem pode o mais pode o menos, se o ordenamento jurídico abre margem para a negociação do direito material coletivo, se reconhece a possibilidade de flexibilização procedimental por vontade das partes. Neste ponto chamamos atenção para a lição de Antonio do Passo Cabral²³⁸: “Se a convencionalidade é reconhecida no processo penal e sancionador, no processo civil de interesse público e nas ações coletivas, até mesmo para dispor dos interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação em matéria processual”.

Ao explicar sobre os contratos processuais na Alemanha, conclui Christoph Kern²³⁹ que eles podem ser celebrados independentemente da natureza dos direitos em litígio, não sendo necessário que as partes possam dispor livremente do direito. Isso porque os contratos processuais regem apenas a situação processual. No

²³⁶ NERY, Ana Luíza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.p.198

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 136, jun/2006, p. 252.

²³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A resolução n.118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 721-737 p.731

²³⁹ ““Procedural contracts can be concluded regardless of the nature of the rights in dispute. In particular, it is not necessary that the parties are allowed to freely dispose of the right. This is so because procedural contracts only govern the procedural situation. However, in cases in which the parties are not allowed to dispose of their rights, a procedural contract which is clearly detrimental to one party may be invalid if this is so severe to be considered contra bonos mores.”

KERN, Christoph. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 223-235. p.233

entanto, nos casos em que as partes não podem dispor dos seus direitos, um contrato processual claramente lesivo ao direito tutelado pode ser inválido.

Assim, a indisponibilidade do direito material não acarreta, necessariamente, a indisponibilidade sobre situações jurídicas processuais, sendo possível reconhecer a adoção de uma convenção no âmbito do processo que reforce a proteção dada pelo ordenamento jurídico ao interesse coletivo.

Por tal razão resta por impugnado o argumento de impossibilidade de utilização dos negócios jurídicos processuais nas ações coletivas em razão do exercício de tutela de direitos indisponíveis.

4.4 ALCANCE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA

Rebatidas as teses contrárias a utilização das convenções processuais no âmbito das ações coletivas, nos resta ainda questionar seus efeitos perante os demais legitimados.

Como já visto nas linhas anteriores, nem sempre as partes do negócio jurídico processual serão as partes que ocupam os polos da relação jurídica processual, é possível que haja um acordo somente de alguns sujeitos do processo²⁴⁰.

Por se tratar de uma transação a regra é que a vinculação será somente das partes signatárias, não aproveitando e nem prejudicando terceiros²⁴¹. Contudo, na figura dos negócios jurídicos processuais em demandas coletivas não se pode negar que existem efeitos reflexos aos demais legitimados e lesados individuais.

Importante recordar que a legitimação para a tutela coletiva é concorrente, sendo possível qualquer legitimado propor a ação, bem como disjuntiva, ou seja, a atuação de um dos legitimados não depende da atuação em litisconsórcio.

De tais características se pode concluir que a parte ativa em uma demanda coletiva não é extraída da identidade física ou institucional do legitimado, mas sim de sua condição jurídica de representante da coletividade²⁴², dessa forma, em caso de

²⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Op. cit., p. 247;

²⁴¹ Tal conclusão decorre do princípio da relatividade dos contratos, *res inter alios acta*. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3., p. 30-31;

²⁴² LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit.. p. 285-288;

proposição de uma ação por um dos legitimados, os demais somente poderão atuar como litisconsortes, não sendo possível ajuizar nova ação com o mesmo pedido.

A mesma lógica deve ser utilizada nos meios alternativos de resolução de conflito, eventual termo de ajustamento de conduta firmado vinculará todos os demais legitimados, com exceção a aspectos omissos no pacto ou após sua anulação judicial, não sendo autorizado a nenhum legitimado ajuizar ação coletiva²⁴³.

Muito bem resume Alexandre Magalhães Junior²⁴⁴:

A condição jurídica assumida pelos legitimados impõe sejam tratados em unidade, vale dizer, como uma única parte, de forma que a autuação extrajudicial ou judicial de um deles acarretará consequências a todos os demais, como o impedimento da propositura de ação com objeto idêntico à outra demanda ou sobre os mesmos fatos objeto de compromisso de ajustamento firmado, além da vinculação à coisa julgada coletiva, salvo no caso de insuficiência de provas.

Para as situações em que o negócio processual foi subscrito apenas por um legitimado, seja de forma prévia ao ajuizamento de ação, ou de forma incidental durante o processo, a sistemática a ser aplicada é a da vinculação dos demais legitimados ao teor do negócio jurídico processual, somente podendo se opor na hipótese de invalidade do ajuste.

Contudo, pode ocorrer de a convenção processual ser celebrada apenas por parte dos legitimados em uma demanda com formação de litisconsórcio. A primeira solução seria afastar os efeitos ou vinculação do legitimado que não participou do acordo, seguindo a mesma sistemática dos acordos judiciais e extrajudiciais em ação coletiva,

Mas não se pode desconsiderar que o objeto do negócio jurídico processual poderá ser benéfico aos demais legitimados e assim, nessa hipótese, seus efeitos seriam aplicáveis a todos, exegese do disposto no art. 117²⁴⁵ do CPC/15.

Sobre o litisconsórcio, cabe ainda pontuar a ressalva de Cândido Rangel Dinamarco²⁴⁶, eventuais atos processuais que restrinjam ou enfraqueçam os

²⁴³ RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit.. p 203-214

²⁴⁴ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção Processual na Tutela Coletiva**. Op. cit..p.207-208;

²⁴⁵ “Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.”

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. v.2. p.406

poderes dos demais litisconsortes serão ineficazes, devendo a mesma lógica ser aplicada aos negócios jurídicos processuais.

Alexandre Magalhães Junior²⁴⁷, também faz outro importante apontamento acerto do assunto, determinados atos processuais referem-se a condições personalíssimas de cada litisconsorte legitimado, não sendo possível assim expandir os seus efeitos para os demais em caso de convenção processual. Imaginemos, por exemplo, que o Ministério Público renuncia o seu prazo em dobro previsto no art. 180 do CPC, tal ato não interfere no desenvolvimento da relação processual e nos prazos dos demais legitimados.

No que tange aos efeitos dos negócios jurídicos processuais em demandas coletivas aos lesados individuais, o ideal é que haja a determinação do objeto quanto ao alcance ou não do acordo aos processos singulares, afastando-se assim qualquer tipo de dúvida.

Contudo, mesmo não havendo tal previsão de forma expressa, isso, por si só, não inviabilizará o alcance das convenções processuais, em especial nas ocasiões em que o negócio jurídico se mostrar benéfico ao indivíduo.

A sistemática a ser utilizada para resolução da celeuma é a mesma do aproveitamento *in utilibus* da coisa julgada, ou seja, deve-se evitar os efeitos processuais negativos e aproveitar os positivos para os processos individuais.

²⁴⁷ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. op. cit..p.210

5. OS LIMITES DO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES NAS LIDES COLETIVAS

Como visto no capítulo anterior são muitos os argumentos que justificam a possibilidade de aplicação dos negócios jurídicos processuais em lides coletivas. O instituto vem para efetivar uma proteção eficaz aos direitos e interesses transindividuais, permitindo uma adaptabilidade processual as necessidades específicas de cada demanda, aliás essa parece ser a evolução. Ao comentar sobre a experiência europeia Érico Andrade²⁴⁸ pontua que:

Tem-se detectado a adoção de estratégias comuns para abreviar a duração do processo e garantir tutela jurisdicional mais eficiente dos direitos, com redução dos custos, envolvendo valorização da gestão processual pelo juiz, na organização do procedimento e das atividades das partes, sendo que as tendências mais avançadas destacam cada vez mais o aspecto colaborativo: a atividade de gestão processual pelo juiz não deve ser realizada em confronto com as partes, de forma unilateral, mas sim de forma colaborativa entre partes e juiz.

No entanto, para que tal premissa seja cumprida será preciso uma análise pormenorizada acerca dos limites ao autorregramento das partes, sob pena de transformar o art. 190 do CPC/15 em um salvo conduto para desproteção dos direitos transindividuais.

Sobre os freios necessários, Ricardo Luis Lorenzetti²⁴⁹ afirma que: “os limites atuam como um modo de pôr em câmera lenta o progresso, em áreas onde as inseguranças são muitas, e os riscos, grandes”.

Lado outro, a imposição de limites extremos, restringindo o autorregramento da vontade a ponto de inutilizar o manejo das convenções processuais, descaracterizaria por completo o instituto, eliminando espaço para que as partes em uma demanda coletiva pudessem realizar uma adaptação eficaz²⁵⁰.

²⁴⁸ ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 55-85. Tomo 2. p.58;

²⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 118;

²⁵⁰ “Constitucionalmente, não se pode afastar a autonomia privada do ordenamento jurídico brasileiro, nem limitá-la a extremos, sob pena de se estar a infringir os ditames constitucionais”. (COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: Vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A**

O capítulo central deste trabalho, tem por objetivo pontuar acerca desses limites específicos quando da realização de negócios jurídicos processuais nas ações coletivas.

5.1 A NECESSIDADE DE SE IMPOR LIMITES AO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES

A opção do legislador em se utilizar de um cláusula geral processual para possibilitar a utilização dos acordos procedimentais atípicos apresenta um balizamento mínimo para a negociação²⁵¹, sendo impossível que se quantifique todas as espécies de negócios jurídicos que as partes em um processo poderão criar, seja ele coletivo ou não. Pedro Henrique Nogueira²⁵² define o autorregramento como um complexo de poderes exercido pelos sujeitos de direito de acordo com o ordenamento jurídico.

Dessa feita, em se tratando de autonomia negocial aplicada no âmbito de um direito (processo) dominado por normas de ordem pública, ganha relevância o estudo a respeito dos limites deste autorregramento da vontade dos litigantes na demanda²⁵³.

Barbosa Moreira muito bem pontua que “não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla quanto a que se lhe abre no terreno privatístico”²⁵⁴.

Constitucionalmente, a autonomia privada não pode ser afastada do ordenamento jurídico brasileiro e nem ser restringida ao extremo, sob pena de infração dos mesmos ditames constitucionais²⁵⁵.

nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233.)

²⁵¹ SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Art. 190. In: ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz de. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. CARDOSO PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comentado.** Tomo I. São Paulo: Lualri Editora, 2017. p. 309.

²⁵² *Idem.* p. 156.

²⁵³ “No Brasil, atualmente, o grande desafio ao redor do tema está em descortinar quais os limites da negociação processual.”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* 183)

²⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual.** In. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo, Saraiva, 1984. p. 91. Neste sentido também assevera Pedro Henrique Nogueira: “Notadamente o limite ao autorregramento no âmbito processual será maior do que nos negócios jurídicos em geral, isto ocorre em razão do caráter público do processo e privado do direito civil.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.* 177)

²⁵⁵ COSTA, Maria Aracy Menezes da. *op. cit.*, p. 233

A má utilização dos negócios jurídicos processuais pode vir a ferir direitos fundamentais, o que no âmbito da tutela de direito coletivo o prejuízo pode ser ainda maior, visto que debater sobre interesses de toda coletividade.

Em que pese o convite legal para as partes participarem da definição da adequação procedimental em busca da tutela de direitos coletivos seja elogiável e digno de entusiasmo, justamente por representar uma abertura de oxigenação do sistema processual necessita de parâmetros rigorosos, sob pena de ensejar o desvirtuamento da ferramenta e atuar como mecanismo de burla aos fins buscados pela ação coletiva.

Dessa feita, pontuar a respeito dos limites às convenções no âmbito de um processo de causa de natureza transindividual é primordial para descobrir se o instituto será utilizado para uma efetiva tutela, ou fraude.

Marco Paulo Di Spirito²⁵⁶ assevera:

O emprego sem medidas da heteronomia estatal padece do ranço autoritário que no país tem sustentado o dogma da soberania do interesse público. Na esteira do pensamento de Jürgen Habermas, contudo, é possível concluir que a discussão sobre a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, ou vice-versa, desconsidera um importante detalhe, que é a interdependência entre essas duas esferas para sustentação do Estado Democrático de Direito.

O dogma da soberania do interesse público se justifica apenas nas ocasiões em que se choca com o interesse individual, sendo certo que a interdependência entre ambos é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ao permitir genericamente as convenções processuais, a atipicidade do instrumento negocial reforçou a lógica *in dubio pro libertate*²⁵⁷, contudo ao Estado-juiz caberá a análise dos requisitos de validade, sobre tal poder pontua Luiz Filipe Ribeiro²⁵⁸:

A intervenção estatal na área de proteção deve ser devidamente justificada, sob pena de ser considerada arbitrária. Em regra, cabe ao juízo se ater ao controle dos requisitos de existência e de validade, evitando adentrar no

²⁵⁶ SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. op. cit., p. 163

²⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit. p. 147.

²⁵⁸ RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Disponível em < <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/25516>>. Acesso em 07 mar. 2021. P.45

mérito (conveniência e oportunidade) do negócio processual, salvo naqueles casos em que existe a influência na situação do juízo e por isso, o legislador previu a participação do magistrado, enquanto Estado-juiz, como requisito de validade.

As garantias processuais que conformam um Direito Processual Constitucional têm também caráter fundamental e atendem à possibilidade de realização efetiva dos direitos²⁵⁹. Nota-se a existência de um núcleo de garantias processuais imprescindíveis ao alcance de uma tutela jurisdicional justa, as quais deverão ser respeitadas, funcionando como fatores limitantes à atuação do negócio jurídico processual.

Neste mesmo sentido pontuam Eduardo Cambi e Aline das Neves²⁶⁰: “Os negócios processuais têm limites. O processo civil é instituto do direito público e dispões de contornos e garantias de ordem constitucional que não podem ser objeto de transação das partes”.

Contudo, o questionamento a ser feito é, quais seriam esses limites e quem está autorizado a reconhecê-los? A persecução a essa resposta revela-se como uma tarefa hercúlea, visto a inexistência de um critério único equacionador da celeuma, somado a infinidade de negócios processuais que sua modalidade atípica permite.

Não obstante, nas linhas seguintes buscou-se dividir os fatores limitantes em critérios objetivos e subjetivos, a luz das peculiaridades das lides coletivas.

5.2 LIMITES OBJETIVOS DE VALIDADE

Aos negócios jurídicos processuais estipulados em uma lide coletiva deve ser aplicado o mesmo regime jurídico de validade delineado para as convenções processual, somado as particularidades do microssistema de processo coletivo.

Pontua Rafael Sirangelo de Abreu²⁶¹:

Em maior ou menor medida, os limites traçados pela doutrina aos negócios processuais remetem sempre a dois temas: de um lado, a capacidade das partes e da disponibilidade do direito; de outro, os direitos fundamentais que

²⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. op. cit., p. 288.

²⁶⁰ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 242

²⁶¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Op. cit.* p. 341

compões o direito fundamental ao processo justo ou, em perspectiva densificada, o que convencionou chamar de ordem pública processual.

Leonardo Greco²⁶² define a limitação entre os poderes do juiz e a autonomia das partes como estando diretamente vinculadas a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o estudo dos tópicos seguintes abordará tais limites objetivos a autonomia das partes nas convenções processuais divididos em três sub capítulos: (i) a intangibilidade do direito material; (ii) Matérias submetidas à reserva legal e regras específicas previstas no microssistema de tutela coletiva; (iii) Preservação do núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo.

Cabe-nos, contudo, pontuar, ainda que se busque traçar limites objetivos quanto a limitação do autorregramento, em certo aspecto se esbarra em um subjetivismo doutrinário, jurisprudencial e até mesmo do caso concreto, haja vista, por exemplo, a inexistência de um consenso a respeito do que forma o núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo.

Existirão convenções que demandem uma reflexão mais cautelosa por parte da doutrina e do Poder Judiciário, pois influenciarão diretamente na tutela do direito coletivo. Já outras, como é o caso de um pacto a respeito da prorrogação de prazos, quase nada influenciarão na proteção ao direito material.

Nesse mesmo sentido, o próprio direito coletivo em debate tratará de delimitar uma maior ou menor liberdade dos negociantes, parece-nos evidente que em um processo relacionado a reparação ambiental, tal qual o rompimento da barragem de Mariana não pode ser equiparado ao de um dano moral coletivo decorrente de uma propaganda enganosa. Inclusive, na divisão dos litígios considerando o grau de complexidade, proposta por Edilson Vitorelli, o primeiro se encaixaria como um “litígio coletivo global complexo”, já o segundo como “litígio

²⁶² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 10;

coletivo global simples”, em que é pouco provável a preocupação das vítimas com o processo coletivo²⁶³.

Concluindo, a análise do caso em concreto será essencial para se afirmar exatamente até que ponto será possível as partes efetuarem negócios jurídicos processual coletivos.

5.2.1 Intangibilidade do direito material

Como visto anteriormente, a indisponibilidade do direito coletivo discutido em eventual demanda não causa necessariamente a impossibilidade de celebração de acordos processuais entre as partes. Contudo, não poderão as partes causarem qualquer tipo de prejuízo a tutela efetiva de um direito transindividual.

O doutrinador Leonardo Greco²⁶⁴ em uma das primeiras obras do país sobre o tema já colocava a disponibilidade do direito material discutido em juízo como limitação ao autorregramento das partes. Para ele, o resultado da negociação processual não pode prejudicar ou dificultar a tutela do direito material indisponível.

Considerando o processo como um instrumento na busca a proteção do direito material, é possível que um negócio processual venha a atingir de forma direta ou indireta o bem jurídico material tutelado. Na lição de Flávio Yarshell²⁶⁵: “a indisponibilidade vigente no plano substancial repercute no processo, considerando o caráter instrumental deste último.”

Para litígios cujo titular tenha poder para renunciar seu direito, essa incidência pouco importará na validade da convenção processual, havendo a possibilidade de se dispor do direito em si, também será possível negociar uma convenção prejudicial.

Mas em demandas coletivas, cujas partes sequer são as titulares do direito em debate, a indisponibilidade, embora não obste o negócio jurídico processual, acaba atuando como requisito de sua validade. As convenções processuais não se prestam a colocar em risco ou produzir efeitos negativos ao bem

²⁶³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. op. cit. p. 490;

²⁶⁴ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. op. cit.. p. 10-11.

²⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1. p. 127;

jurídico da coletividade, o instituto encontra óbice na celebração de acordo que atinja efeito ou fins proibido pelo direito material²⁶⁶.

Muito bem resume a questão Alexandre Magalhães Junior²⁶⁷: “os legitimados coletivos não podem renunciar ou abdicar, ainda que indiretamente e por meio de negócios processuais, de direitos de que não são titulares ou únicos titulares.”

Em sentido semelhante, dispõe a Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶⁸ que o órgão não poderá fazer concessões através de compromisso de ajustamento de conduta que impliquem na renúncia aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, haja vista que o Ministério Público não é o titular do direito.

A lógica a ser seguida é a mesma do disposto no art. 345, II²⁶⁹ do CPC quando veda o efeito da revelia nos litígios que versem sobre direitos indisponíveis, ou ainda no art. 392²⁷⁰ quando o mesmo diploma processual de inadmite a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis, impõem-se uma restrição segmentada a autonomia privada em razão da interferência do direito material sobre o processual²⁷¹.

Antonio do Passo Cabral²⁷² alerta: “a convenção processual poderá, indireta ou reflexamente, afetar a resolução de questões referentes aos interesses

²⁶⁶ DODGE, Jaime L. The limits os procedural private ordering. **Virginia Law Review**. Charlottesville, USA, v. 97, n. 4. p.723-799. Jan, 2011. Disponível em < <https://www.virginialawreview.org/articles/limits-procedural-private-ordering/>>. Acesso em 10 ago. 2021. p. 734;

²⁶⁷ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Op. cit.. p. 174;

²⁶⁸ “Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. § 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.” BRASIL. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF;

²⁶⁹ “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: [...] II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;”.

²⁷⁰ “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.”

²⁷¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. op. cit.. p.54;

²⁷² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. op. cit.. p. 341;

materiais. Atos de disposição processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material.”.

Também, Diogo Assumpção de Almeida²⁷³ muito bem ilustra como tal influência poderá ocorrer, o doutrinador exemplifica com a hipótese de renúncia a um determinado meio de prova que seria o único apto a demonstrar o fato constitutivo do direito indisponível, em tal pacto a parte estaria dispondo do direito material “de forma velada” por meio de um instrumento da lei processual.

Modo outro, qualquer acordo processual que coloque o legitimado coletivo em situação de vantagem processual deve ser tido como válido²⁷⁴.

Fica reconhecido então como primeiro limite objetivo de validade do negócio jurídico processual na tutela coletiva a constatação de “ausência de possíveis efeitos deletérios da convenção processual ao bem jurídico material tutelado”²⁷⁵. Os efeitos negativos serão inadmissíveis em razão da sistemática da legitimidade extraordinária para tutela de direitos transindividuais.

Para o correto cumprimento de tal requisito, há que se exigir dos legitimados celebrantes de convenções processuais a indicação no respectivo instrumento de não ocorrência de impacto negativo na tutela do bem jurídico coletivo, dessa maneira seria mais simples a realização do controle de validade pelo magistrado no caso em específico.

É possível que se vislumbre alguns exemplos de convenções processuais em lides coletivas que trariam efeitos perversos a proteção integral do direito material. Imaginemos que haja negócio processual visando a exclusão de prova pericial capaz de comprovar a lesão a direitos difusos ambientais, sob a justificativa de uma resolução mais célere do processo. Tal acordo impacta diretamente na satisfação do direito coletivo a um meio ambiente salubre, vez que a prova pericial pode ser a única capaz de comprovar a extensão do dano, não podendo dessa forma ser válido o acordo.

Pela mesma lógica, pensando na fase de execução, não seria possível as partes pactuarem que a liquidação de uma sentença envolvendo direitos difusos fosse realizada de forma unilateral pelo requerido. A citada convenção processual

²⁷³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo:** das convenções processuais no processo civil. LTr. São Paulo. 2015 p. 195;

²⁷⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit.. p. 350;

²⁷⁵ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Op. cit.. p. 175;

poderia colocar em risco a reparação integral do dano, ainda que de forma indireta, não sendo possível assim de ser realizada²⁷⁶.

Por fim, nos cabe destacar que a aferição dos efeitos maléficos deve ser realizada no caso em contrato e observando-se todas as circunstâncias fáticas existentes no processo, para que então o magistrado reconheça a invalidade do negócio processual de forma fundamentada.

5.2.2 Matérias submetidas à reserva legal e regras específicas previstas no microssistema de tutela coletiva

As convenções processuais não têm o condão de tratar de matérias submetidas a reserva legal. Marcos Bernardes de Mello afirma que no sistema jurídico brasileiro há a vigência do princípio da respeitabilidade das normas cogentes, ou seja, normas impositivas e proibitivas, que se impõe a todos indistintamente²⁷⁷, pontuando²⁷⁸:

Ninguém é permitido infringir norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, sob pena de, em assim procedendo, cometerem ato contrário ao direito, cuja consequência implica a nulidade do ato jurídico, salvo se outra sanção não lhe é, taxativamente, cominada.

Em sentido semelhante, Jaldemiro Rodrigues Junior²⁷⁹ coloca como limites ao autorregramento da vontade no processo as questões de ordem pública.

Normas cogentes são as que impõe ou proíbem comportamentos, determinando que se faça ou não faça, sem deixar margem à vontade do destinatário, elas se contrapõem as normas dispositivas que deixam certa margem de atuação para que os destinatários livremente estipulem o vínculo que os irá reger²⁸⁰. Neste sentido, inclusive na jurisprudência podemos destacar julgado do

²⁷⁶ Idem. p. 176;

²⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. op. cit., p. 94.

²⁷⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: **Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. MARTINS-COSTA, J.; FRADERA, V.J. (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79.

²⁷⁹ ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, Validade e Eficácia – Campo-Invariável e Campos-Dependentes. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 721-737 p.318

²⁸⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. cit.. p. 185.

TRF-2²⁸¹: “Somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento - não cabe, por exemplo, convenção processual, lastreada no art.190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável”.

Partindo dessa premissa tem-se por inviável a negociação processual que objetiva criar um novo legitimado para tutela coletiva em juízo.

Como visto nos capítulos anteriores, a legitimidade de agir nas lides transindividuais é tida como extraordinária, uma vez que o ente não vai a juízo defender direito próprio, mas sim de toda a coletividade.

Por se tratar de uma exceção à regra da legitimação ordinária, somente a lei poderá dispor sobre tal questão²⁸², ficando as partes impossibilitadas de criarem novos legitimados.

Se não é possível a ampliação do rol de legitimados para defesa de interesses coletivos em juízo, muito menos seria viável restrição, seja em razão da matéria estar submetida a reserva legal, seja em razão de possível prejuízo a efetiva proteção do direito material.

Não obstante, qualquer acordo que vise regulamentar a legitimidade ou a representatividade adequada deve ser tido como inválido. Não se pode admitir assim disposições relacionadas com a pré-constituição de associação, possibilidade de intervenção como litisconsorte dos demais legitimados, legitimidade para execução coletiva e individual.

Com relação as regras pertinentes a coisa julgada no processo coletivo também não será admitida convenção processual por se tratar de matéria submetida a reserva legal.

Neste sentido ainda, há que se observar também a impossibilidade de se contrariar as regras específicas previstas no microsistema de tutela coletiva, não se

²⁸¹ “O acórdão embargado foi claro em suas conclusões, ao afirmar que o indeferimento de produção de prova pericial não se encontra entre as hipóteses relativas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento, conforme rol taxativo previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento - não cabe, por exemplo, convenção processual, lastreada no art.190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável.”. BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Agravo de Instrumento nº 0011401-42.2016.4.02.0000**. Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, Quarta Turma Especializada, DJF 11.07.2017. Disponível em < https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=21612022500362231392811041284&evento=21612022500362231392811066966&key=0360fb3b876a76ba0fbe7a26b236afaab4d9bfb63f26d65bec3feabc8b79944d&hash=482794d7c2047bb7342b1abdcccc7f21 >. Acesso em 05 abr. 2022.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.2. op. cit.. p.363;

admitindo celebração de acordo que vise derrogar, afastar ou alterar disposições processuais diferenciadas previstas no microssistema da tutela coletiva. Explica Alexandre Magalhães Junior²⁸³:

“Percebe-se que o fio condutor destas disposições processuais especiais é conferir maior proteção à coletividade no desenvolvimento do processo coletivo, como se observa na regra da inversão do ônus da prova ou na isenção de adiantamento de honorários periciais pelo autor, não sendo autorizado às partes afastarem aquilo que o legislador reputou merecer especial regulamentação e proteção. Eventual negócio processual afastando tais peculiaridades significaria desconfigurar o processo coletivo e afastar-se de procedimento especial obrigatório”

Peguem os como exemplo a competência absoluta do local do dano (art. 2º da LACP), a ausência de pagamento de custas e honorários advocatícios pelas associações, salvo comprovação de má-fé (art. 17 e 18 da LACP). Tais tratamentos diferenciados não podem ser alterados por meio de negócio jurídicos processual.

Cabe apenas o alerta que, a vedação a alteração das regras específicas não é absoluta, ficando nítido a ampliação da tutela coletiva por meio de negociação processual, não há que se falar em invalidade.

Pensemos, por exemplo, na hipótese de ampliação das formas de publicidade da ação coletiva, ampliando o disposto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Nessa hipótese, em que pese a existência de regra legal, a convenção das partes veio aumentar a possibilidade de uma tutela mais efetiva ante a expansão dos meios publicitários.

5.3.3 Preservação do núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo

Tendo em vista a infinidade de convenções processuais atípicas que podem ser celebradas e a existência de diversas garantias processuais fundamentais que também podem sofrer consequências com o acordo, torna-se inviável a concepção de um único critério para balizar os limites dos negócios jurídicos processuais, contudo, os princípios e garantias constitucionais do processo coletivo deve servir de parâmetro para a admissão das convenções.

²⁸³ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. op. cit.. p. 182;

A existência das garantias se justifica na busca em assegurar uma tutela jurisdicional, se não efetivamente, ao menos potencialmente justa. Isto é, pinçam-se os instrumentos que, reunidos e bem administrados, sejam eficientes para atingir um processo jurisdicional dotado das qualidades consideradas essenciais ao alcance da tutela justa.

Pedro Henrique Nogueira²⁸⁴ utiliza a expressão “formalismo processual”, explica o autor que a denominação abrange a totalidade formal do processo, no que se insere não apenas as formalidades, mas também a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas²⁸⁵.

Nas palavras de Daniel Mitidieiro e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁸⁶, o formalismo processual se presta a:

[...] estabelecer o âmbito da atividade do órgão judicial e das partes, tanto no terreno dos fatos quando do direito, regulando poderes, deveres, faculdades e ônus das partes, bem como os poderes e deveres do órgão judicial, e ordenar a sequência dos atos do procedimento, com observância dos valores e princípios fundamentais do processo civil, especialmente de origem constitucional.

O formalismo possui uma faceta dupla, a primeira no plano normativo, impondo uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sendo a segunda no plano fático (desenvolvimento do processo) que reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a sempre garantir o exercício dos poderes do outro²⁸⁷.

No que se refere a tutela coletiva, Ricardo de Barros Leonel²⁸⁸ explica que o escopo do processo coletivo está na garantia de respostas adequadas aos problemas da sociedade moderna, desde a aplicação ou não do direito positivado, até a eleição de políticas públicas, sendo um nítido instrumento de participação democrática, vertente do instrumentalismo substancial. É certo que o acesso à

²⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op.cit. p. 186

²⁸⁵ A mesma expressão também é utilizada pelos seguintes autores: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 6-7; MITIDIEIRO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** – Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 24, nota 9; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 165.

²⁸⁶ MITIDIEIRO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p.18, v. 1.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit.. p. 9.

²⁸⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. op. cit., p. 40;

justiça assume feição própria no processo coletivo, uma modalidade especial de acesso²⁸⁹.

Neste sentido, qualquer negócio jurídico processual que afete a dimensão própria do acesso à justiça e funcionamento desse núcleo essencial do processo coletivo deve ser invalidado. Pedro Henrique Nogueira²⁹⁰ afirma que “as normas constitucionais do processo civil, inclusive princípios, funcionam como limites objetivos aos negócios processuais e convenções sobre processo e não se admite a prática de atos negociais que afastem suas prescrições.”

Leonardo Greco²⁹¹ utiliza-se de uma expressão mais abrangente, para ele as convenções devem respeitar a “ordem pública processual”, ou seja, o conjunto de normas que assegura a proteção do interesse público, os direitos fundamentais e a observância do devido processo legal.

Em decorrência de tal percepção acrescenta-se que o Estado-juiz deve garantir o equilíbrio entre as partes e a paridade de armas, não será permitido, portanto, que o negócio jurídico processual crie uma desigualdade concreta, em especial quando tratamos de direitos coletivos.

O autorregramento encontra limites nas questões de ordem pública. Até mesmo na aplicação da jurisdição privada (arbitragem) que eleva a autonomia da vontade ao patamar de princípio, autorizando no art. 21 da Lei 9.307/96 que as próprias partes convencionem sobre o procedimento, ressalva no §2º que deverão ser observados e “respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona²⁹² “as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional.”.

Assim, qualquer que seja a convenção processual deverá respeitar núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo, sob pena de ser invalidada pelo Judiciário.

²⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas op. cit..p.313;

²⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. op.cit.p. 285

²⁹¹ GRECO, Leonardo. op. cit.. p. 11

²⁹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p.23.

5.3.4 Proposta de Antonio do Passo Cabral para concretização da cláusula geral

Antonio do Passo Cabral em sua obra *Convenções Processuais*²⁹³ propõe um método de três etapas para que se equacione o balanceamento entre publicismo e privatismo, apontando o autor um caminho para que se descubra qual a margem de negociabilidade no limite de atuação do autorregramento da vontade na cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC.

A primeira etapa se constitui na identificação das garantias processuais afetadas pela convenção. O magistrado, precisa inicialmente identificar os direitos fundamentais envolvidos no objeto da convenção.

Como exemplo cita o doutrinador²⁹⁴ as convenções que simplificam as formalidades procedimentais, nessas situações a garantia fundamental correlata é o devido processo legal, que assegura uma preordenação formal dos atos do processo, regra prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

A fim de que não haja uma superposição de regras ou princípios, se deve buscar identificar o conteúdo que é próprio a garantia processual.

A segunda etapa se constitui na observância de “parâmetros das convenções típicas e os índices dos tipos”²⁹⁵. A cláusula geral promove a um reenvio de padrões já legalmente tipificados, dessa forma na aplicação da cláusula geral não se pode ignorar os demais acordos típicos, sendo necessário um diálogo entre típico e atípico²⁹⁶.

A existência de convenções processuais típicas sinaliza parâmetros de controle que não podem ser desconsiderados, a existência de previsões legais apontam para possíveis barreiras implementadas expressamente pelo legislador.

Por fim, a terceira etapa é a observância da “proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais.”²⁹⁷. Identificada a garantia processual afetada é preciso observar sua margem de disponibilidade, analisando se a convenção atinge o âmbito de proteção intangível.

²⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. op. cit.. p. 335-340

²⁹⁴ Idem p. 336

²⁹⁵ Ibidem

²⁹⁶ Idem p. 333.

²⁹⁷ Idem p. 337

5.4 DOS LIMITES SUBJETIVOS: LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA PARA FIRMA CONVENÇÃO PROCESSUAL

Não obstante aos limites objetivos traçados no tópico anterior, há que se realizar também uma análise acerca da plena capacidade exigida ao ente legitimado a ajuizar a ação coletiva frente ao disposto no art. 190 do CPC.

A capacidade para firmar convenções processuais nas ações coletivas segue a regra contida no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e nos incisos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor²⁹⁸.

A peculiaridade ligada a legitimação extraordinária para o ajuizamento das lides coletivas, em especial à representatividade adequada, implica em algumas consequências no que se refere à capacidade para firmar negócios jurídicos processuais.

Conforme já tratado anteriormente no presente trabalho, a representatividade adequada se liga a necessidade de uma tutela mais eficaz dos interesses coletivos, podendo ocorrer, por exemplo, que determinado legitimado até esteja autorizado a ajuizar a demanda, mas não seja efetivamente o ente mais adequado para a absoluta proteção dos direitos transindividuais.

A capacidade negocial na tutela coletiva está atrelada a legitimidade negocial para celebrar a convenção processual, ou seja, somente o legitimado adequado possui capacidade de negociar certos aspectos relacionados ao procedimento da ação coletiva e à situação jurídica processual.

Tem-se assim que a representatividade adequada do autor também será exigida para as convenções processuais nas ações transindividuais. No momento em que o magistrado deixa de reconhecer a legitimidade de determinado ente face a ausência da representatividade adequada, tal perderá a capacidade negocial.

Sob o enfoque subjetivo, além da legitimidade ativa contemplada na legislação, a representatividade adequada também precisa ser imposta como limite ao autorregramento das partes.

²⁹⁸ Ver tópico 1.5 sobre a legitimação para tutela dos interesses coletivos.

5.5. LIMITES SUBJETIVOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

O art. 190 do Código de Processo Civil aceita expressamente a possibilidade de convenção processual pretérita a demanda judicial, dessa forma nos importa investigar os limites subjetivos em tal situação.

Quanto a denominação desses negócios jurídicos, Pedro Henrique Nogueira²⁹⁹ os denomina como “negócios jurídicos sobre o processo”, alertando que não podem ser considerados como “processuais” em razão da ausência de “processualidade ínsita à existência concreta de um procedimento”.

É certo que o microssistema reconhece a legitimidade extraordinária de vários sujeitos para o ajuizamento da ação coletiva, contudo o próprio art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85 limita aos órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública e pessoas jurídicas de direito público) a capacidade para firmar termo de ajustamento de conduta.

Tendo o legislador restringido a possibilidade de firmar termo de ajustamento de conduta, não se pode desconsiderar tal regra também para legitimação quanto a celebração de negócio jurídico na fase pré-processual. Inexistindo a possibilidade de as entidades associativas pactuarem acordos extrajudiciais, não deve ser admitido por consequência, uma plena capacidade para celebração de convenção prévia a ação coletiva³⁰⁰.

Entendimento diverso viria a colidir com o próprio art. 190 do CPC, em especial a exigência de que o processo verse sobre direito autocompositivo para se admitir convenções processuais. Na fase pré-processual o direito coletivo não pode ser objeto de acordo por esses legitimados.

O controle exercido perante as entidades associativas na fase extrajudicial é menor e por tal razão a limitação ao autorregramento das partes deve ser maior, sob pena de se arriscar uma tutela ineficaz do direito material coletivo, o intuito é de minimizar os riscos.

²⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. cit.. p. 270;

³⁰⁰ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Op. cit.. p. 192

5.6. CONTROLE JUDICIAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM AÇÃO COLETIVA

Linhas atrás³⁰¹ debatemos acerca da figura do magistrado perante os negócios jurídicos processuais, concluindo parcialmente que, independentemente da posição doutrinária adotada (se ele é parte ou não), o Código de Processo Civil autoriza expressamente que o juiz faça o controle de validade das convenções.

Dessa feita, após as pontuações sobre os limites objetivos e subjetivos para convenções processuais nas ações coletivas, no presente tópico passaremos a tratar do efetivo controle judicial sobre a legalidade dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Importa-nos pontuar, contudo, que a modalidade atípica das convenções processuais acaba por permitir situações que influenciarão quase que diretamente no direito material tutelado, como é o caso do pacto de não petendo, mas também autoriza as partes a negociarem a respeito da dilação de prazo, que pouco interfere na proteção do direito coletivo. Dessa forma, a depender da situação deve o Judiciário ser mais rígido ou não na análise dos requisitos mínimos para eventual invalidação do negócio jurídico.

Não obstante, o magistrado na aplicação da lei deverá se atentar a “pré-compreensão do interprete (de seus pré-juízos) acerca das questões que serão por ele enfrentadas no ato interpretativo.”³⁰²

Dessa feita, conforme lição de Pedro Henrique Nogueira³⁰³:

O respeito ao autorregramento da vontade, como núcleo da norma do art. 3º, §2º do CPC, supõe um espaço de liberdade para as partes encontrarem soluções autocompositivas, sem interferência do órgão jurisdicional. Isso, evidentemente, não significa que o juiz deve silenciar sobre todo e qualquer acordo ou negócio jurídico que lhe seja apresentado, mas sim o modo de atuação está limitado: a função do juiz em face da autocomposição é de controlar a validade.

A regra estabelecida no parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil valerá também para as convenções processuais em demandas

³⁰¹ Vide tópico 2.8.2

³⁰² OLIVEIRA, R. T. DE; SILVEIRA, R. DOS R. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, n. 22, 7 ago. 2014. Disponível em <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/301/324>>. Acesso em 01 fev. 2022. p.24

³⁰³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. op. cit.. 261.

coletivas, ou seja, caberá ao juiz a análise da legalidade do ato, recusando-lhe a aplicação nos casos de nulidade ou em manifesta situação de vulnerabilidade.

Esse controle, por sua vez, deverá ser exercido pelo magistrado diante do caso concreto. Marco Paulo Denucci di Spritio³⁰⁴ assevera, nesse contexto:

Pelo ângulo da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o controle de conteúdo do negócio jurídico processual é no sentido de impedir que qualquer espécie de contrato seja empregado para violar direitos fundamentais. Assim, o magistrado deverá fiscalizar negócios jurídicos processuais que violem, por exemplo, a concretização direta ou indireta do direito fundamental à saúde ou do direito fundamental à moradia.

Com efeito, sempre que o controle de conteúdo envolver direitos fundamentais, a análise de sua validade se dará casuisticamente, ocasião em que o magistrado deverá questionar se aquele direito fundamental comporta acepção objetiva. Se for esse o caso, deverá recusar-lhe aplicabilidade. Não sendo, deverá realizar um juízo de razoabilidade entre o direito fundamental que se pretende flexibilizar frente ao direito fundamental de autorregramento da vontade, dessa equação vindo a resultar a viabilidade, ou não, do negócio realizado.

A aferição de ofício ou não da invalidade da convenção processual dependerá da natureza do vício a ser reconhecido, podendo o juiz reconhecer o negócio jurídico como nulo ou então somente anulá-lo.

A regra estabelecida no art. 171 do Código Civil³⁰⁵ autoriza a anulação do negócio jurídico por vícios do consentimento (erro, dolo e coação), sendo que o art. 166³⁰⁶ do mesmo diploma autoriza o reconhecimento da nulidade quando: for celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

³⁰⁴ SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Op cit, p. 164;

³⁰⁵ Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

³⁰⁶ “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

Somada as situações do Código Civil, a partir da regra do art. 190 do Código de Processo Civil, haverá anulação do negócio jurídico processual se o processo não versar sobre direitos que admitam autocomposição, inserção abusiva em contratos de adesão, situações de manifesta vulnerabilidade de uma das partes ou a sua incapacidade. Não obstante, a inobservância dos limites objetivos e subjetivos tratados nos tópicos antecedentes, implicam na nulidade da convenção processual.

Para os casos de nulidade, é autorizado o conhecimento da matéria de ofício pelo juízo, sem prejuízo de eventual provocação da parte, sendo que a questão será incidental ao próprio processo. Já a anulabilidade deverá ser suscitada pelo interessado, por meio de ação anulatória autônoma³⁰⁷, conforme regra prevista no art. 177 do Código Civil³⁰⁸.

O controle de validade será exercido pelo Estado-juiz observando-se o acordo no caso concreto, não sendo possível a aferição da conveniência ou não do pacto, sob pena de violação ao disposto no parágrafo do art. 190 do CPC.

A invalidade do ato precisa sempre ser precedida do contraditório e fundamentada, devendo ainda ser reconhecido o prejuízo à parte³⁰⁹.

O fato de o magistrado poder reconhecer de ofício a invalidade do negócio jurídico processual não o isenta de obedecer a regra do art. 10 do CPC³¹⁰. A vedação a chamada “decisão surpresa”³¹¹ decorre do princípio do contraditório e

³⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matérias processual: rumo a uma nova Era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.) **Negócios processuais**. 3 ed. Salvador: Juspodvim, 2017. P. 75-92. .p.89.

³⁰⁸ A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

³⁰⁹ Assim dispõe o Enunciado n. 16 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”

³¹⁰ “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

³¹¹ Nesse sentido esclarece Estêvão Mallet: “A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo – pouco importa trata-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via. Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível.” (MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista de processo**. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014)

garante as partes o direito à informação de todos os atos do processo. Nas palavras de Welder Queiroz dos Santos³¹², a decisão surpresa se conceitua como:

Aquela que contém como fundamento matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual, a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito. Com efeito, as partes têm o direito de participar do desenvolvimento do processo, de influir no conteúdo da decisão judicial, de ter seus argumentos considerados e de não serem surpreendidas por decisão que contenha fundamento que não tenha sido previamente debatido entre elas³¹³.

Como o controle de validade do negócio jurídico processual é feito através de uma decisão judicial, caberá ao magistrado oportunizar as partes de forma prévia a anulação, a possibilidade de corrigirem eventual problema identificado, ou explicarem que a convenção respeita os limites legais.

Caso assim não proceda, estaremos diante de uma decisão surpresa, confrontando até mesmo com o protagonismo concedido as partes quando da pactuação de acordos processuais. Nas palavras de Humberto Theodoro e Dierle Nunes³¹⁴ “tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo.”.

Também há que ser observado na decisão judicial os artigos 11³¹⁵ e 489³¹⁶ do CPC, devendo o magistrado apontar de forma expressa para o vício ensejador da anulação ou nulidade e fundamentar a sua decisão.

³¹² SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 p. 88.

³¹³ Em sentido próximo: “a decisão surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo

ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a decisão-surpresa – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório.” (SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136-137).

³¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 178

³¹⁵ “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

³¹⁶ “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos

Sobre a decisão fundamentada explica Murilo Teixeira Avelino³¹⁷:

É possível afirmar que o contraditório inserido no formalismo-valorativo não protege somente o réu, mas todos os demais sujeitos da relação jurídica processual. Exige que os atos tanto das partes como do juiz e de todos que de alguma forma atuem no processo sejam motivados e submetidos ao debate.

[...]

O amplo diálogo e participação exigidos para a conformação de uma decisão justa exigem que ao autor seja dada a oportunidade de se manifestar a respeito dos atos praticados pelos demais sujeitos processuais. Não parece mais haver dúvida quanto a esta afirmação: o contraditório incide sobre todos os sujeitos do processo, informando direito e deveres.

No tocante as considerações específicas do controle judicial dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas, o magistrado deverá se atentar principalmente em três pontos: a intangibilidade do direito material discutido em juízo, a representatividade adequada e os limites objetivos impostos ao autorregramento das partes.

Dessa feita, torna-se importante que nas convenções processuais haja motivação por meio de consideranda³¹⁸, em especial acerca da não ocorrência de efeitos prejudiciais ao direito material coletivo, o que possibilita a publicidade das razões que justificaram o acordo, um controle judicial mais efetivo e um controle de legalidade pelos demais legitimados.

Neste contexto, ao realizar o controle de validade, o Poder Judiciário deverá ter uma cautela especial quanto a indisponibilidade do direito transindividual, à luz da motivação oferecida na convenção processual. Como visto diversas vezes ao longo deste trabalho, o ente legitimado para ajuizar a ação coletiva não poderá dispor do direito em debate, ainda que de forma reflexa, por meio de negócio jurídico processual.

Não obstante, há que ser analisado também pelo magistrado se houve uma representatividade adequada do autor coletivo, sob pena de se violar um limite subjetivo para as convenções processuais em demandas coletivas, sendo certo que

no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

³¹⁷ AVELINO, Murilo Teixeira. *Op. cit.* p. 413

³¹⁸ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Op. cit.* p. 232.

a ausência de representatividade adequada ocasionará prejuízo a efetiva tutela de interesse transindividual e consequente invalidade do acordo. Não obstante seja possível a ratificação por outro legitimado que venha a ocupar o polo ativo da ação.

Por fim, o juiz deverá analisar se o negócio jurídico firmado não viola os demais limites objetivos tratados neste trabalho, ou seja, respeita as matérias submetidas à reserva legal e as regras específicas do microssistema de tutela coletiva e a preserva o núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo.

O princípio da liberdade processual coletiva não possui a mesma amplitude de sua vertente aplicada nas ações individuais, em especial pela intangibilidade de direito em debate, devendo os filtros limitantes serem observados atentamente pelo Poder Judiciário, sob pena de se transformar os negócios jurídicos processuais em chancela para violação de direito.

5.7 CONTROLE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público ocupa uma posição de destaque na tutela de direitos transindividuais, possuindo diversas características singulares quando comparado com os outros legitimados.

Além da autorização para o ajuizamento de ação civil pública, o MP também deverá obrigatoriamente atuar como fiscal da ordem jurídica nos casos em que não for autor da demanda coletiva, havendo desistência ou abandono do autor terá prerrogativa de assumir o polo ativo, possui a obrigatoriedade de promover a execução nos casos de inércia dos demais legitimados e ainda é o único com legitimidade para instauração do inquérito civil público.

Por todas essas características específicas, é inegável que caberá também ao Ministério Público o poder-dever de exercer o controle da validade da convenção processual firmada na tutela coletiva³¹⁹.

Conforme preceitua o art. 179, I e II do Código de Processo Civil, nos casos em que atuar como fiscal da ordem jurídica o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, será intimado de todos os atos do processo e ainda poderá requerer as medidas processuais pertinentes, ou seja, para as convenções

³¹⁹ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Op. cit.. p. 234

processuais em demandas coletivas que o *Parquet* não for parte, ele deverá ser intimado para manifestação, sob pena de invalidade no negócio processual³²⁰.

Espera-se que o Ministério Público se manifeste fundamentadamente acerca da validade do acordo, em especial sobre a ausência de efeitos deletérios a tutela efetiva do direito material indisponível e demais requisitos objetivos limitadores ao autorregramento da vontade das partes.

Contudo, em razão de expressa previsão legal, inexistente a obrigatoriedade de manifestação prévia do *Parquet* para que se reconheça a validade ou a eficácia de um negócio jurídico processual em lides coletivas, exceção seria se as partes dispusessem de maneira diversa no próprio pacto.

Poderá o Ministério Público, ao tomar ciência do ato, reputar como inválida a convenção processual, nessa ocasião deverá provocar o juiz para que assim declare. Ao magistrado caberá aceitar ou não a argumentação, não estando obrigado a anular a convenção apenas porque assim entende o MP, sendo possível a interposição de recurso por parte do *Parquet* caso não concorde com a decisão judicial, a sistemática a ser observada será a mesma de qualquer outro ato processual.

³²⁰ Idem p. 234;

6. COVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NO PROCESSO COLETIVO

O que se pretende agora é, com base nos limites fixados nos capítulos anteriores, verificar a admissão ou não, de algumas convenções processuais atípicas no processo coletivo, sem a pretensão de esgotar o tema, mas sim servir de parâmetro para que o trabalho não se torne algo puramente doutrinário, mas sim com uma aplicação prática, servindo de estímulo a utilização da figura disposta no art. 190 do CPC nas ações coletivas.

Buscou-se utilizar de exemplos aventados pela doutrina e com aplicação no processo civil tradicional, com objetivo de aperfeiçoamento da cientificação da propositura da ação coletiva, cumprimento de sentença envolvendo políticas públicas e outros atos objetivando a efetiva tutela dos direitos transindividuais.

6.1. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE CUSTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS PERICIAIS

As regras inerentes ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários periciais possuem suas especificidades previstas no microssistema processual coletivo. Neste sentido temos os artigos 17 e 18 da LACP e o 87 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem basicamente a desnecessidade de os legitimados adiantarem custas, emolumentos ou honorários periciais para ajuizamento da ação e ainda condiciona o pagamento de tais despesas apenas para os casos de litigância de má-fé, ocasião em que também haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios. A justificativa para tanto é exatamente de garantir um amplo acesso à justiça para tutela de direitos coletivos.

Dessa forma, é limite para validade do negócio jurídico processual o respeito as regras específicas do microssistema de tutela coletiva, sendo possível apenas as disposições que forem benéficas ao sistema processual coletivo, ou seja, que reforcem a defesa dos interesses transindividuais.

Seria possível assim, através de uma convenção processual ou mesmo prévia a demanda que seja pactuado entre os litigantes o custeio do processo pelo

requerido³²¹, sendo cabível também um acordo para adiantamento dos honorários periciais.

Sobre o tema, mais especificamente, o adiantamento dos honorários periciais por parte do Ministério Público nas ações coletivas, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese no tema repetitivo 510 (Resp n. 1.253.844-SC)³²²:

Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas.

Por meio da negociação processual, é possível desonerar a Fazenda Pública do adiantamento do valor, sendo interessante também para a parte contrária evitar impugnações e recursos para discussão dos honorários, propiciando celeridade processual.

Ainda sobre o assunto, Alexandre Magalhães Junior³²³ reconhece a possibilidade de utilização de negócio jurídico processual visando o custeio de honorários periciais e custas em ação de produção antecipada de provas, com o objetivo de se angariar elementos para instrução de inquérito civil em curso no Ministério Público, o que viabilizaria a celebração de termo de ajustamento de conduta ou então o arquivamento do procedimento.

Quanto a fase pré-processual, Marcos Stefani³²⁴ cita como viável a inserção de cláusula de compromisso de ajustamento de conduta impondo ao executado o pagamento de eventuais custas processuais em caso de ajuizamento de execução judicial como a necessidade de perícia para constatação do cumprimento ou não do acordo de direito material.

³²¹ CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: Seis Lições Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87-88;

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo n. 510. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília; Distrito Federal. mar. 2018. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=510&tt=T>. Acesso em 25 mar. 2022;

³²³ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Op. cit.. p. 256;

³²⁴ STEFANI, Marcos. O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques. **Ministério Público**. Salvador: Juspodvim, 2015. 211-221. (Repercussões do Novo CPC, v.6.; coordenador geral Fredie Didier Junior). p.220;

6.2. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE PROVA

Quanto a negociação processual acerca de matéria probatória há quem entenda pela sua inviabilidade em razão da possibilidade de se atingir à apuração da verdade, o que corresponderia a uma deficiência na legalidade e justiça da decisão³²⁵. Esse pensamento decorre da concepção de verdade em sentido demonstrativo, que remonta a ideia da possibilidade de se reconstruir os fatos ocorrido dentro do processo³²⁶.

Como bem explicar Lara Pereira³²⁷: “Prefere-se, no entanto, adotar a prova em sentido persuasivo, em que a decisão judicial tem como base uma verdade factível, que pode ser alcançada analisadas as alegações de fatos pelas partes à luz do contraditório.”.

Certo é que a atividade probatória sempre sofrerá limitações, ou seja, proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas necessárias a investigação da verdade. Leonardo Greco³²⁸ pontua:

Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos.

³²⁵ TARUFFO, Michele. **Il regime convenzionale delle prove**. Milano: Giuffrè, 2009. p.76.

³²⁶ _____. Verdade Negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP* -, ano 8, vol. XIII, JAN./JUN. DE 2014, p. 634-657, Rio de Janeiro. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11928/9340>>. Acesso em 30 mar. 2022.

³²⁷ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **As presunções como objeto de negócios jurídicos processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). *Negócios processuais*. 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 339-362. p.347;

³²⁸ GRECO, Leonardo. Limitações probatória no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 4-28, jul./dez. 2009. P.7

Dessa forma, entendemos ser possível também a limitação da matéria probatória por meio de negociação processual³²⁹. Os poderes instrutórios do magistrado são de natureza subsidiária³³⁰, não devendo o juiz se substituir às partes na atividade probatória.

Sobre o assunto Robson Godinho³³¹ afirma: “O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial”.

Até mesmo se analisarmos a doutrina estrangeira encontraremos posições semelhantes. Na França Jean Gatsi escreve: “A jurisprudência e a doutrina reconhecem que as normas jurídicas sobre a prova não são de ordem pública, podendo as partes derogá-las. Convenções sobre evidências são, portanto, teoricamente possíveis e praticamente desejáveis nas relações comerciais.”³³². Na Itália Giuseppe Stefano:

O quadro dos casos em que se costuma falar de acordo de negociação ou de estágio é dos mais variados: as partes renunciam a certos meios de prova, criam outros para outros, ou decidem sobre as modalidades concretas de um meio de prova específico; outras vezes chegam a alegar afetar a interpretação e avaliação das provas; enfim, podem alterar a distribuição normal do ônus da prova de certos fatos³³³

Reconhecido então, nesse primeiro momento, a possibilidade de utilização de convenções processuais em matéria probatória nos processos individuais, passemos a análise do tema, no que tange a tutela coletiva.

³²⁹ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. p. 349;

³³⁰ “É que não só a indicação das fontes de prova como também os requerimentos da produção dos meios de prova adequados são tarefas que cabem principalmente às partes e apenas subsidiariamente ao juiz, porque são os litigantes que têm as melhores condições de fazê-lo.”. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e impariabilidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 357-358;

³³¹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Op. cit.. p. 593

³³² Tradução livre: “la jurisprudence e la doctrine reconnaissent en effet que les règles légales sur la preuve ne sont pas d'ordre public, et que les parties peuvent y déroger. Les conventions sur la preuve sont donc théoriquement possibles, et pratiquement souhaitables dans les relations commerciales”. GATSI, Jean. **Le contrat-cadre**. Paris: LGDJ, 1996. P. 39-40.

³³³ Tradução livre: “il quadro dei casi in cui si suole parlare di negozio o di patto probatorio è dei più vari: le parti rinunziano a determinati mezzi di prova, a altri ne creano, oppure statuiscono sulle modalità concrete di un mezzo di prova determinato; altra volta esse pretendono addirittura di incidere sulla interpretazione e valutazione delle prove; infine esse possono alterare la distribuzione normale dell'onere di provare determinati fatti”. DE STEFANO, Giuseppe. **Studi sugli accordi processual**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 52.

A utilização de negócios processuais sobre matéria probatória nas ações coletivas deve ser admitida, desde que se observe os limites objetivos e subjetivos abordados no capítulo 4 deste trabalho.

Utilizaremos aqui a divisão apresentada por Alexandre Magalhães Junior³³⁴, sobre os limites a serem respeitados para utilização de convenção processual em matéria probatória nas lides coletivas.

O primeiro aspecto a ser observado em relação aos negócios jurídicos processuais sobre prova consiste na verificação da licitude do objeto, inadmissível pensar na aceitação de provas obtidas por meio ilícito, como por exemplo, mediante tortura, ou mesmo que se admita a interceptação telefônica em processo civil³³⁵.

O segundo aspecto exige uma análise concreta do caso para que se evitem violações ao núcleo processual fundamental, devendo ser recusado qualquer acordo que afete a duração razoável do processo, como por exemplo um prazo excessivo para finalização de uma prova pericial.

Também dentro do mesmo aspecto, impossível que se autorize uma limitação ao direito fundamental à prova³³⁶, tal como excluir a possibilidade de produção de prova pericial que seria o único meio de comprovar o efetivo dano e se fixar a melhor forma de sua reparação, pois se atingiria o direito processual fundamental e também o direito material indisponível. A oportunização do pleito à determinada prova, participação em sua produção e manifestação sobre o seu resultado, constituem o direito fundamental à prova que decorre da garantia constitucional do justo processo e observância do contraditório e ampla defesa³³⁷.

O terceiro aspecto limitante envolve a impossibilidade de se dispor acerca da situação jurídica de terceiro. Seguimos com a doutrina que entende pela impossibilidade de se dispor a respeito da livre apreciação da prova pelo magistrado³³⁸, ou mesmo limitação dos poderes instrutórios³³⁹. Pelos mesmos

³³⁴ Op. cit., p. 256-258

³³⁵ AMARAL, Paulo Ostemack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 144.

³³⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53-54.

³³⁷ AMARAL, Paulo Ostemack. op. cit., p. 35.

³³⁸ MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JR., Jaldemiro. Distribución de la carga de la prueba por convención procesal. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones Procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso**. Lima: Raguel, 2015, p. 438.

³³⁹ FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculación del juez a las convenciones de las partes em materia de prueba em el nuevo Código de Proceso Civil brasileño. NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI,

motivos também não será admitido negócio jurídico processual que restrinja a atuação do Ministério Público, seja no tocante a produção de provas ou mesmo em sua atuação como fiscal da ordem jurídica.

Quarto aspecto limitante se liga a necessidade de observância da coisa julgada *secundum eventum probationis*, por ser matéria ligada a reserva legal. Através de negócio jurídico processual não se pode admitir a alteração do regime da coisa julgada no processo coletivo.

Considerando todos os fatores limitantes, caberá as partes, utilizando de suas respectivas criatividade, pensar em situações que irão auxiliar a deixar o processo mais participativo, menos demorado e que efetivamente tutele os interesses transindividuais.

Podemos arrolar como referência a limitação ou o aumento do número de testemunhas, admissão ou não de provas emprestadas, dispensas de assistente técnico ou ampliação de prazo para as manifestações, admissão de provas atípicas, alteração na sequência dos depoimentos, disponibilização prévia de documentos, realização de audiências 100% virtuais e até mesmo a desjudicialização da prova testemunhal, como depoimento testemunhal por escrito, ou depoimento pessoal colhido na presença da parte contrária³⁴⁰.

6.3. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA PARA CIENTIFICAÇÃO DOS LESADOS INDIVIDUAIS ACERCA DA AÇÃO COLETIVA

Conforme reza o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, proposta a ação coletiva será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. A publicidade e os meios de comunicação adequados para informar os lesados individuais tem sido alvo de críticas por parte da doutrina especializada³⁴¹, sendo que atualmente há um total desconhecimento da sociedade e dos interessados referente as ações coletivas em trâmite.

Renzo (coord.). **Convenciones Procesales** – Estudios sobre negócio jurídico y proceso. Lima: Raguel, 2015, p. 383 e segs.

³⁴⁰ Também admitindo a desjudicialização da prova testemunhal c.f. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Op. cit.. p. 596

³⁴¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class actions**: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? op. cit.. p. 588-589; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.p. 177-180; CAIS, Fernando Fontoura da Silva. O

Sobre a importância do tema, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti³⁴² sinalizam: “a adequação da publicidade das ações coletivas é, certamente, um dos mais importantes aspectos a serem observados no desenvolvimento do devido processo legal coletivo.”

Para que se efetive uma tutela judicial célere e adequada à resolução dos conflitos metaindividuais é possível a utilização de convenção processual visando a obrigação do requerido promover a notificação dos lesados individuais, ou então arque com os custos da publicidade acerca da existência da ação coletiva, desonerando a Fazenda Pública. É possível ainda cogitar tal acordo de forma prévia ao ajuizamento da demanda ou de forma incidental.

No ajuste será possível conceber a especificação dos meios de comunicação a serem vinculados, como por exemplo, canais de televisão abertos ou fechados, jornais impressos, comunicação por e-mail, redes sociais e até mesmo aplicativos de mensagens (*Whatsapp* e *Telegram*).

Vale salientar que na *rule 23 of Federal Rules of Civil Procedure* do direito norte-americano se exige a adequada ciência dos possíveis lesados, colando ainda como necessária a notificação em linguagem clara e de fácil compreensão, ora destacamos:

Para (b)(3) Classes. Para qualquer classe certificada de acordo com a Regra 23(b)(3)—ou mediante solicitação de notificação de acordo com a Regra 23(e)(1) para uma classe proposta para ser certificada para fins de acordo sob a Regra 23(b)(3)—o tribunal deve direcionar aos membros da classe o melhor aviso possível sob as circunstâncias, incluindo aviso individual a todos os membros que possam ser identificados por meio de esforço razoável. O aviso pode ser feito por um ou mais dos seguintes meios: correio dos Estados Unidos, meios eletrônicos ou outros meios apropriados. A notificação deve indicar de forma clara e concisa, em linguagem clara e de fácil compreensão: (i) a natureza da ação; (ii) a definição da classe certificada; (iii) as reivindicações, questões ou defesas de classe; (iv) que um membro da classe pode comparecer através de um advogado se o membro assim o desejar; (v) que o tribunal excluirá da classe qualquer membro que solicitar a exclusão; (vi) o momento e a forma de solicitação de exclusão; e (vii) o efeito vinculante de um julgamento de classe sobre os membros sob a Regra 23(c)(3).³⁴³

paradoxo do acesso à justiça. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. **Direito processual constitucional**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 61-85. p. 73.

³⁴² DIDIER JR., Fredie. op. cit., p. 122.

³⁴³ Tradução livre de: “For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3)—or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement under Rule 23(b)(3)—the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice may be by one or more of the following: United States mail, electronic

Regras muito semelhantes também são adotadas no modelo europeu, em especial o cuidado e preocupação com a divulgação de uma adequada notificação do grupo, sendo possível a notificação através de jornais, revistas, mídia social, correio, rádio e e-mail³⁴⁴.

Os parâmetros traçados no Código de Processo Civil norte-americano e demais legislações europeias podem servir de diretrizes mínimas a serem observadas para confecção de negócio jurídico processual que vise cientificar a existência da ação coletiva aos lesados individuais.

Trata-se de convenção processual que traduz a compatibilidade do instituto com a fase instrumentalista do processo, potencializando a efetividade da tutela coletiva e mitigando possíveis deficiências de publicidade no microssistema aplicável.

6.4. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE O TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA COISA JULGADA COLETIVA

Dentre outras previsões, o art. 104 do CDC estipula o prazo de 30 dias para o autor individual pleitear a suspensão do seu processo com a finalidade de se beneficiar da ação coletiva. O transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a demanda individual está condicionado a observância da regra colocada pelo citado artigo.

Estando presentes uma ação individual e uma ação coletiva correspondente, para que o autor individual se beneficie da demanda coletiva, será preciso que peça a suspensão do seu processo no prazo de 30 dias a contar da ciência efetiva da

means, or other appropriate means. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).". Disponível em <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf>. Acesso em 30 out. 2021.

³⁴⁴ERVO, Laura. Class Actions in Sweden – a moderate start. *In*: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. **Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 247-248; FERRAND, Frederique. Collective Litigation in France: from distrust to cautious admission. *In*: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. **Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 135.

existência do processo transindividual. O prosseguimento da ação singular significará a impossibilidade de se aproveitar da coisa julgada coletiva.

Contudo Ricardo de Barros Leonel³⁴⁵ possui uma posição doutrinária contrária, para o autor, mesmo após o término no prazo de 30 dias, seria possível ao autor individual suspender a sua ação individual, desde que ela não tenha transitado em julgado, o autor se baseia em uma interpretação teleológica do CDC e explica que a medida garantiria o máximo proveito ao processo coletivo, favorecendo a gestão de massa de feitos.

Para resolução da celeuma, seria admissível que as partes firmassem um negócio jurídico processual com objetivo de ampliar o prazo de 30 dias previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, limitado à prolação da sentença no processo individual e o trânsito em julgado da ação coletiva. A medida viria a ampliar a efetividade do processo coletivo e não violaria os limites objetivos expostos no capítulo 4 deste trabalho.

Do contrário, por ser uma regra específica do microssistema e uma norma cogente, não se poderia pensar em uma convenção para diminuição do prazo.

Ainda sobre o assunto, pensamos ser admissível negócio jurídico processual para que o réu assuma o dever de informar ao juízo e ao autor da ação coletiva a propositura das ações individuais, assim, caberia ao requerido noticiar nas demandas singulares a existência do processo coletivo correlato, para que a outra parte avalie a possibilidade ou não da suspensão³⁴⁶.

6.5. CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE A COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E ALTERAÇÃO DOS PRAZOS LEGAIS

Objetivando a celeridade é possível que as partes pactuem a respeito da forma de comunicação dos atos processuais na demanda coletiva em substituição a forma legalmente prevista no Código de Processo Civil.

É possível pensar na inserção de cláusula em termo de compromisso de ajustamento de conduta dispondo que as intimações em eventual ação civil pública

³⁴⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. op. cit., p. 352.

³⁴⁶ Antonio Gidi, em sentido semelhante: "O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida que sejam propostas." (GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. **Revista de processo**. São Paulo, RT, 2003, n. 111)

serão realizadas por e-mail ou mesmo aplicativo de celular³⁴⁷. O que não poderia ser aceito seria a total abdicação da comunicação dos atos processuais, haja vista que a informação tem caráter fundamental para o exercício do contraditório.

Corroborando com o ora exposto, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 199, de 10 de maio de 2019³⁴⁸, regulamentando a comunicação dos atos processuais por meio de aplicativos ou outros recursos tecnológicos nos processos que tramitam perante o MP. Em destaque os artigos 1º e 2º:

Art. 1º As intimações de processos que tramitam nos órgãos do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público podem ser efetuadas por meio de aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Resolução.

Parágrafo único. As intimações pelos meios estabelecidos no caput dirigir-se-ão às partes e respectivos advogados, bem como às testemunhas constantes dos autos, estas últimas desde que requerido na conformidade da legislação processual.

Art. 2º O recebimento de intimações por aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares dependerá da anuência expressa da parte interessada, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

No que tange a alteração dos prazos legais, conforme lição de Pedro Henrique Nogueira³⁴⁹ é lícita a ampliação ou a redução de todos os seus prazos processuais, a interpretação decorre da ausência de regra proibitiva, neste sentido também se admite que as partes abram mão da contagem de prazo em dias úteis nos termos do art. 219 do CPC³⁵⁰.

Tais alterações convencionais podem se constituir em importante instrumento de aceleração de procedimento e estímulo à concretização da razoável duração do processo³⁵¹.

Cabe apenas o alerta a respeito da ampliação dos prazos que posterguem em demasiado a duração razoável do processo, nessas situações haveria uma violação a efetiva tutela do interesse coletiva, não se admitindo o negócio jurídico processual.

³⁴⁷ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. op. cit..p.267

³⁴⁸ Disponível em < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-199.pdf>>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. op. cit.. p. 308

³⁵⁰ Nesse sentido é o enunciado 579 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.”

³⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. op. cit.. p. 308

6.6 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA DE PROMESSA DE NÃO PROCESSAR (*PACTUM DE NON PETENDO*)

A promessa de não processar possui natureza processual em razão de não ter como objeto o direito material, mas sim a própria pretensão processual. As partes se comprometem a não exigir judicialmente a obrigação de direito material. Alberto Lucas Trigo³⁵² conceitua o instituto como:

Negócio jurídico processual por meio do qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimental a que teria direito para satisfação da obrigação.

Esclarece Antonio do Passo Cabral³⁵³ que neste tipo de negócio jurídico processual as partes poderão dispor sobre o ajuizamento de ações e também sobre alegações exceções que poderiam ser deduzidas em juízo, por determinado período. O doutrinador aponta sobre admissibilidade da inserção de cláusulas em contratos empresariais sobre a necessidade de prévia negociação, mediação ou conciliação antes do acionamento ao Poder Judiciário³⁵⁴.

Nos importa analisar sobre a possibilidade de *pactum de non petendo* nos processos coletivos.

Conforme já debatido de forma exaustiva nos tópicos 3 e 4 deste trabalho os negócios jurídicos processuais nas ações coletivas possuem maiores limitações do que nos processos individuais, a mesma lógica deverá ser aplicada para a promessa de não processar. Há que ser observado a preservação do núcleo essencial do direito processual coletivo, a ausência de efeitos deletérios ao direito material e a própria garantia de acesso à justiça na tutela coletiva.

³⁵² TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. **Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado**. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

³⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. **Pactum de non petendo**: a promessa de não processar no direito brasileiro. Disponível em <https://www.academia.edu/43956586/Pactum_de_non_petendo_promessa_de_n%C3%A3o_processar_no_direito_brasileiro>. Acesso em 10 jan. 2021. p.8

³⁵⁴ Idem. p. 24-31.

Nesse sentido, convenções que imponham severa limitação ao direito de ação dos legitimados coletivos ou mesmo dos individuais, devem ser rechaçados pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, não se pode desconsiderar que, nas palavras de Didier Jr. e Hermes Zaneti³⁵⁵, um dos princípios do microssistema é o da não taxatividade e atipicidade ou máxima amplitude, para os autores: “quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos”³⁵⁶.

Feitas tais considerações, pensamos ser admissível, por exemplo, que através de cláusula em compromisso de ajustamento de conduta, a parte se comprometa a não ajuizar ação anulatória do TAC até o cumprimento de determinada obrigação contida no ajuste.

Assim, em que pese a restrição muito maior para utilização do pactum de non petendo, ele não deve ser recusado na totalidade na tutela de direitos coletivos.

CONCLUSÃO

Inegável que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe contornos até então distantes da sistemática processual brasileira. Rompeu-se com a estrutura engessada e da figura do juiz como protagonista para conceder as partes uma liberdade mais ampla que nas legislações anteriores, criando o cenário de um modelo cooperativo de processo em que juízes e partes não estão medindo força, mas sim buscando a solução mais adequada para o litígio.

Muito embora os negócios jurídicos processuais não sejam uma inovação no direito brasileiro, a sua figura atípica, prevista no art. 190 do novo diploma processual se coloca como um instrumento merecedor de atenção especial por parte da doutrina e jurisprudência.

Ao permitir que os litigantes adaptem o procedimento às vicissitudes do litígio e convençionem a respeito de ônus, poderes e faculdades processuais, o Código de Processo Civil tipifica um instituto inédito. A ampla liberdade vem ao

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. op. cit.. p. 135.

³⁵⁶ Nesse sentido também: “pelo princípio da não taxatividade da ação coletiva, qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas. Essa assertiva também é reforçada pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do CDC e aplicável a todo o direito processual coletivo, por força do art. 21 da LACP.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. op.cit.. p. 575)

encontro da efetiva prestação jurisdicional, que só é atingida nas situações em que há compatibilidade entre direito processual e material postulado, sendo certo que a adaptabilidade garantida pelas convenções só vem a somar com esse ponto.

O instituto das convenções processuais, quando utilizado de forma adequada, com a atenção dos litigantes voltada a busca efetiva da prestação jurisdicional, tende a conferir contornos satisfatórios ao próprio acesso à justiça, não podendo assim ficar restrito as demandas individuais. A introdução de novas formas de convenções atípicas, também se revela como uma maximização do princípio da liberdade no âmbito do processo, sem desconsiderá-lo como ramo de direito público.

Lado outro, por impactar na tutela de interesse coletivo, ainda que de forma indireta, as convenções processuais podem vir a prejudicar a defesa do direito material, fazendo-se assim necessária a análise pormenorizada da compatibilidade entre o novo instituto e o microssistema que regulamenta o processo coletivo.

Vimos que o Código de Defesa do Consumidor optou por conceituar os direitos transindividuais e dividi-los em três categorias distintas, quais sejam, os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, bem como que o processo pensado de forma individual não se prestou a tutelar de forma eficaz os direitos coletivos. Institutos como a legitimidade e a coisa julgada precisaram ser adaptados para permitir a defesa dos interesses transindividuais em juízo, bem como a possibilidade de aplicação dessa decisão a coletividade.

Entretanto o Brasil seguiu a tendência de não criar um código de processo coletivo, sendo a matéria atualmente regulamentada por um microssistema encabeçado pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Para aplicação dos negócios jurídicos processuais as lides coletivas, foi necessário se debruçar no estudo relativo à aplicação do próprio Código de Processo Civil de 2015 ao microssistema, chegando-se a conclusão que o diploma não é aplicável de forma subsidiária, mas sim integra o emaranhado de normas que regulamenta a tutela dos direitos transindividuais, não restando controversas sobre sua utilização.

Já no que tange a compatibilidade entre as convenções processuais e os princípios do processo coletivo, tem-se que elas são plenamente compatíveis com esses, em especial com o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva e o amplo acesso à justiça, eis que o instituto em estudo se presta a oferecer uma

alternativa real para uma adaptabilidade do procedimento ao caso concreto, o que gera por consequência uma proteção mais eficaz aos interesses transindividuais.

Ainda que nas ações coletivas persiste a indisponibilidade do direito material por parte dos legitimados a proposição das demandas, isso não obsta a utilização dos negócios processuais, pois o direito material, mesmo de forma restrita admite autocomposição, seja por meio do termo de ajustamento de conduta, ou por acordo judicial.

Ao contrário da transação, renúncia ou do reconhecimento jurídico do pedido, as convenções processuais não versam a respeito do direito material em litígio, mas somente sobre questões processuais, traduzidas no procedimento e nas situações jurídicas que envolvem o processo. O que se negocia é o procedimento e não o direito material.

As partes na adoção de negócio jurídico processual atípico em processo coletivo não possuem a mesma liberdade da ação individual, muito por conta das características próprias desse ramo do direito, em especial a característica da legitimidade ser extraordinária, não sendo o proponente da ação titular do direito.

Neste ponto, exige-se também uma atenção especial por parte da doutrina e jurisprudência pátria. É possível que determinada convenção processual atinja de forma reflexa a eficácia da tutela jurisdicional coletiva e isso deve ser combatido.

Para tanto, o próprio art. 190 do CPC trouxe a possibilidade do controle da validade do negócio processual pelo Poder Judiciário, ou seja, em sendo necessário, poderá o juiz, de forma fundamentada, invalidar o acordo entabulado, sempre observando o contraditório. Não obstante, quanto a utilização das convenções em processos coletivos, caberá, de igual modo, ao Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, auxiliar na análise dos limites ao autorregramento das partes.

Foram traçados no presente trabalho três limites objetivos para utilização dos negócios jurídicos processuais nas ações que tutelam interesses coletivos: intangibilidade do direito material, observância as regras específicas do microsistema de tutela coletiva e respeito ao núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais no processo coletivo.

Destacando-se que, em maior ou menor grau, esses limites objetivos são dotados em certa subjetividade, pois, ao tratar-se de ações coletivas o grau de complexidade da demanda poderá restringir o poder de autorregramento das partes.

Existirão ações cuja análise dos limites se dará de forma mais rígida em razão da violação do direito transindividual, como por exemplo, em uma grande tragédia ambiental, lado outro os limites poderão ser mais flexíveis quando diante de um processo discutindo dano moral coletivo em razão de uma propaganda enganosa.

O primeiro limite diz a respeito da intangibilidade do direito material, ou seja, havendo a possibilidade de o negócio processual prejudicar uma tutela eficaz, ele deverá ser invalidado. Como visto, a legitimado a ajuizar a ação, não é titular do direito coletivo, não podendo dele dispor, ainda que seja de forma indireta através de convenção processual.

O segundo limite está relacionado as matérias submetidas a reserva legal, sendo inviável assim que as partes, através de negócio processual, criem um recurso próprio, por exemplo. As normas cogentes devem ser respeitadas por serem de cunho impositivo e proibitivas, elas impõem comportamentos as partes sem deixar margem à vontade do destinatário.

O terceiro limite é a necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais. A existência das garantias se justifica na busca em assegurar uma tutela jurisdicional, se não efetivamente, ao menos potencialmente justa.

Não obstante as três barreiras, tem-se também que para utilização da convenção processual o legitimado deverá deter a plena capacidade para o ajuizamento da ação transindividual, em especial a representatividade adequada.

Excedidos alguns dos parâmetros mínimos de segurança deverá o magistrado anular a convenção processual. Colocar freios no autorregramento das partes é de vital importância para não transformar os negócios jurídicos em mero facilitador de violações a interesses coletivos.

Vale destacar que as balizas aqui apontadas não inviabilizam a realização de convenções, para tanto trouxemos no corpo do trabalho exemplos práticos que podem ser usados, como pactos referentes a custas, despesas e honorários periciais, através dos quais as partes poderão o adiantamento dos honorários periciais, desonerando o Poder Público.

Citamos também a possibilidade de acordo processual relativo a matéria probatória, como por exemplo, limitação ou o aumento do número de testemunhas, admissão ou não de provas emprestadas, dispensas de assistente técnico ou

ampliação de prazo para as manifestações, admissão de provas atípicas, alteração na sequência dos depoimentos, disponibilização prévia de documentos, realização de audiências 100% virtuais, bem como a desjudicialização da prova testemunhal, como depoimento testemunhal por escrito, ou depoimento pessoal colhido na presença da parte contrária.

Outra hipótese de negócio jurídico aplicável as lides coletivas apresentado no trabalho foi a possibilidade de as partes pactuarem a respeito da cientificação dos lesados individuais da ação coletiva. O desconhecimento da sociedade em geral e dos próprios interessados tem sido algo problemático, de modo que uma convenção a respeito da especificação da forma pela qual haverá a ciência poderá prever meios de comunicação mais usados atualmente como aplicativos de celular ou redes sociais, o que viria a auxiliar na resolução do revés.

Também foi apresentada a possibilidade de se convencionar a respeito da comunicação dos atos processuais e alteração dos prazos legais, para que se consiga uma tramitação processual mais célere. Encerrando o trabalho com a utilização de negócio processual visando a promessa de não processar.

Parece-nos que com os exemplos utilizados ao longo do estudo, auxilia a defender a ideia de que as convenções processuais se colocam como importante aliado na criação de um processo coletivo mais eficaz e participativo, sendo necessário então que a comunidade jurídica volte sua atenção ao instituto de forma a aprimorá-lo na medida a conferir maior efetividade à tutela jurisdicional coletiva.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **A igualdade e os negócios processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). Negócios processuais. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 325-346

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. LTr. São Paulo. 2015

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

_____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva. 2007

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil.** 8ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003. v.1

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo –REPRO.** ano 36. n. 193. 2011. p.167-200

_____. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais.** 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 55-85. Tomo 2

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral.** Coimbra, 1999

ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, Validade e Eficácia – Campo–Invariável e Campos-Dependentes. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais.** 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 721-737

AVELINO, Murilo Teixeira. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios Processuais.** 4ª ed. Salvador. Juspodvim. 2019. p. 411-434

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O Microsistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma análise Feita à Luz das Tendências Codificadoras. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP:** Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p.478-499, dez. 2011

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. **Os princípios do processo coletivo e o papel do juiz em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo na justiça do trabalho.** 2014. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2017.tde-21082017-134909. Acesso em: 10 out. 2021

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público.** Salvador: JusPodivm, 2016

BELLINETTI, Luiz Fernando. A constituição federal de 1988 e o direito processual civil. In: **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, 2008, a. 45, n. 179, p. 49-52, jul./set. 2008

BRASIL. **Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 1.608/39**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc>>. Acesso em 22 fev. 2021

_____. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. **Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>> Acesso em: 05 de mar. 2021

_____. BRASIL. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. **Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985**, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF;

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 193-320. 2007

CABRAL, Antonio do Passo. A resolução n.118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 721-737

_____. **Convenções processuais**. Salvador. Juspodvim. 2016

_____. Imparcialidade e impariabilidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 357-358;

CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis Lições Brasileiras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. O paradoxo do acesso à justiça. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. **Direito processual constitucional**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**.V.i.14.ED. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAMBI, E. A. S.; SOUZA, F. M. . Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. **Revista da Ajuris**, v. 42, p. 225-245, 2015

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015,

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do código de processo civil. **Processo oral**. Francisco Morato [Org.] Rio de Janeiro: Forense, 1940

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988

_____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 30, 1975

CARDOSO, Carolina Dorta; BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. A influência das convenções processuais no processo civil: A autonomia das partes na conformação do procedimento frente ao protagonismo do juiz. In: **XXVI Encontro Nacional do Conpedi**, Brasília, jun., 2017, p. 117-132

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**, v.1. Padova: CEDAM, 1936. p. 409. Também negando qualquer tipo de liberdade as partes no processo. SATTA, Salvatore, **Contributto alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Pensiero, 1931

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p.20, V. 3

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo. RT. 2012

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: Vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,

CUNHA, Leonardo Carneiro da.. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. 3ªed.Salvador: JusPodivm, 2017, v.I. p. 39-74

DENTI , Vittorio. **La giustizia civile: lezione introduttive**. Bologna: Il Mulino, 2004

DE STEFANO, Giuseppe. **Studi sugli accordi processual**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 52.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015

_____. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. **Princípio do autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1

_____. **Princípio do autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1

_____. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2019

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. v.2

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

DODGE, Jaime L. The limits os procedural private ordering. **Virginia Law Review**. Charlottesville, USA, v. 97, n. 4. p.723-799. Jan, 2011. Disponível em < <https://www.virginialawreview.org/articles/limits-procedural-private-ordering/>>. Acesso em 10 ago. 2021

DORTA CARDOSO, CAROLINA; BELLINETTI, LUIZ FERNANDO . A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM AÇÕES COLETIVAS. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 3, p. 18-35, 2017.Disponível em < <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1970>>. Acesso em 10 nov. 2020

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1968

ERVO, Laura. Class Actions in Sweden – a moderate start. *In*: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. **Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014

FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculación del juez a las convenciones de las partes em materia de prueba em el nuevo Código de Processo Civil brasileño. NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones Procesales – Estudios sobre negócio jurídico y processo**. Lima: Raguel, 2015

FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6º do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015

FERRAND, Frederique. Collective Litigation in France: from distrust to cotious adimission. *In*: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. **Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014

FLUME, Werner. **El Negocio Jurídico**. Tradução José Mariá Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultura del Notariado, 1998

FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p.,

FUX, Luiz. **Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense. 2019

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008

GATSI, Jean. **Le contrat-cadre**. Paris: LGDJ, 1996. P. 39-40.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coord.). **Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-70, 2003

_____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. **Revista de processo**. São Paulo, RT, 2003, n. 111

GODINHO, Robson Renault.. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios Processuais**. 4ªed.Salvador: JusPodivm, 2019, v. , p. 587-596

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009

_____. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008

_____. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 136, jun/2006

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**. São Paulo. RT, 1990

_____. Limitações probatória no processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 4-28, jul./dez. 2009. P.7

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 82, 1987

_____. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo. ano 4. n. 14. jul-set. 2007

HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, p. 81. 1991

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. Projeto R.A.C.(Resolução Alternativa de Conflitos) para os Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais**. São Paulo: Editora Fiúza. ano 10. v.38. out/dez. 2005

KERN, Christoph. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed. Salvador: Jus Podvim, 2019, v. 1, p. 223-235

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rnagel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1

_____. **Manual de direito processual civil**. V. 1. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2017

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual – A liberdade das partes no processo**. São Paulo: RT, 2019

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones Procesales – Estudios sobre negócio jurídico y processo**. Lima: Ranguel, 2015

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 14. Ed. São Paulo: Manole, 2015

MAGALHÃES, A.; EÇA, V. Conciliação: instrumento de resolução de conflitos efetivamente compartilhado e democrático. **Revista Paradigma**, n. 22, 7 ago. 2014. Disponível em < <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/239>>. Acesso em 01 fev. 2021

MAGALHÃES, Joseli Lima. DA RECODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICO EVOLUTIVA DOS DIPLOMAS PROCESSUAIS CIVIS. **Revista Paradigma**, v. 29, n. 3, p. 105-131, 8 dez. 2020. Disponível em < <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1543>>. Acesso em 10 jan. 2021

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção Processual na Tutela Coletiva**. Salvador. JusPodvim, 2020

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista de processo**. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,

_____. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 12 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo. RT. 2012

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. RT, 1994

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 303

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodvim, 2009

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: **Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. MARTINS-COSTA, J.; FRADERA, V.J. (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano de existência**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, primeira parte, 7ªed. 2011

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005

MITIDIEIRO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287, v.1

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954

_____. **Tratado de Direito Privado**, II. São Paulo: RT, 1974

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**

_____. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: GRINOVER, Ada Pellegrine (coord.). Processo coletivo: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: **Direito processual civil (ensaio e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971,

_____. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo, Saraiva, 1984

_____. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (um aspecto de la experiencia brasileña. In: **Temas de direito processual: quinta série**. São Paulo: Saraiva, 1994

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JR., Jaldemiro. Distribución de la carga de la prueba por convención procesal. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones Procesales – Estudios sobre negócio jurídico y processo**. Lima: Raguel, 2015

MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 26. Disponível em < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19591> >. Acesso em 10 fev. 2021

NERY, Ana Luíza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012

NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? **De Jure**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4ed. Salvador. Juspodvim. 2020

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2003

OLIVEIRA, David Borges Isaac Marques. **Ações para a tutela de direitos essencialmente coletivos**: identificação, consequências e efeitos da coisa julgada. Dissertação (mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2017

OLIVEIRA, R. T. DE; SILVEIRA, R. DOS R. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, n. 22, 7 ago. 2014. Disponível em <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/301/324>>. Acesso em 01 fev. 2022

PALERMO, Antonio. **Contributo ala Teoria degli Atti Processuali**. Napoli: Jovene. 1938

PASSOS, J.J. Calmon de. **Esboço de um Teoria das Nulidade aplicadas à Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **As presunções como objeto de negócios jurídicos processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). **Negócios processuais**. 4ed.Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 339-362. p.347;

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais**. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2020, v. 1

RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Disponível em < <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/25516> >. Acesso em 07 mar. 2021

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – Teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo** – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. **Revista de Processo**, nº 249. São Paulo: RT, 2015

_____. Art. 190. In: ALMEIDA RIBEIRO, Sérgio Luiz de. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. CARDOSO PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo I. São Paulo: Lualri Editora, 2017

STEFANI, Marcos. O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques. **Ministério Público**. Salvador: Juspodvim, 2015. 211-221. (Repercussões do Novo CPC, v.6.; coordenador geral Fredie Didier Junior).

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014

_____. Il regime convenzionale delle prove. Milano: Giuffrè, 2009. p.76.

_____. Verdade Negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP -, ano 8, vol. XIII, JAN./JUN. DE 2014, p. 634-657, Rio de Janeiro. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11928/9340>>. Acesso em 30 mar. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, 28: 177-206

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. **Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado**. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019

VENTURI, Elton. **Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas**: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). **Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011

VIDOTTI, A. F.; SILVEIRA, R. DOS R. Direitos coletivos e cidadania: comentários sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo judiciário e as políticas públicas voltadas à assistência farmacêutica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Revista Paradigma**, n. 21, 28 fev. 2014. Disponível em < <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/200/190> >. Acesso em 02 fev. 2022

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire**. Milão: Giuffrè, 1979

_____. Mito e Realtà. Processo e mediazione. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, n. 192, fevereiro de 2011

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>>. Acesso em 06 jan. 2021

_____. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. *In*: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. 4 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015

_____. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1.

_____. Convenção das partes em matérias processual: rumo a uma nova Era?. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.) **Negócios processuais**. 3 ed. Salvador: Juspodvim, 2017. P. 75-92

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, V.1

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forenses Universitária. 1998.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. **A tutela dos interesses difusos**. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984

ZANFERDINI, F. A. M.. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em 01 mar. 2021. p.242

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2017.