

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT

CONVENÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS

PORTO ALEGRE

2020

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT

CONVENÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS

Versão Definitiva

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis

Orientador: Prof. Dr. Handel Martins Dias

PORTO ALEGRE

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Pagnussat, Vitória Souza
Convenções processuais nas ações coletivas / Vitória Souza Pagnussat. -- Porto Alegre 2020.
129 f.
Orientador: Handel Martins Dias.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. Negócios Jurídicos Processuais. 2. Tutela Coletiva. 3. Direitos Transindividuais. 4. Colaboração Processual. I. Dias, Handel Martins, orient. II. Título.

Nome: PAGNUSSAT, Vitória Souza.

Título: Convenções processuais nas ações coletivas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em: 26.11.2020

Banca Examinadora

Prof. Dr. Handel Martins Dias

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público

Julgamento: 10.0

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público

Julgamento: 10.0

Profa. Dra. Flávia Pereira Hill

Instituição: Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Julgamento: 10.0

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Simone de Souza Pagnussat, pelo amor e apoio incondicional. “Tenho tanta dificuldade de entender como alguém pode derramar sua alma, sangue e energia em alguém sem pedir nada em troca – tenho que esperar até ser mãe”. Da mesma autora citada na epígrafe. Ao meu pai, Ronaldo Antônio Pagnussat, por ter tornado todos os meus sonhos factíveis. Por não ter medido esforços para possibilitar minha busca nesse caminho. Tudo devo a vocês. Ao meu irmão, Guilherme Souza Pagnussat, por ser minha maior certeza. Para sempre, estarei aqui por você.

Ao meu tio, Luís Henrique de Souza, por ter me ensinado sobre o verdadeiro significado da vida: ser feliz. Por estar sempre ao meu lado, me aconselhar como se pai fosse, por vibrar comigo em todas as minhas conquistas. À minha dinda, Natália Pagnussat Steffen, por fazer brilhar meus olhos com a experiência da docência. Por me introduzir no mundo científico – mesmo que tenha sido pelo viés das experiências com peixinhos e ratinhos. Meus sonhos não seriam meus sonhos, se os teus não fossem os teus. Aos meus avós, Terezina Cortina de Souza, Loreno Almeida de Souza; e Ernestina Maria Pagnussat. Por eles, nutro um amor que não cabe no coração. Em especial, à minha vó Tere. Sei que, de onde estiver, está sorrindo comigo.

Ao meu amado namorado, Gustavo Ledur, pela nossa parceria, intimidade e compreensão. Melhor presente advindo desse mundo mágico da academia. Por acompanhar minhas ideias e opinar nos meus capítulos. Por ler e corrigir tantas vezes a presente dissertação. Por estar comigo em todas as madrugadas de confecção. Conveniente da melhor convenção que decidi constituir. De dupla de pesquisa a amor da minha vida. À minha melhor amiga, Elisa Hartwig, por me acompanhar em cada passo da minha trajetória. Minha irmã de coração, a irmã que escolhi. À minha amada amiga, Laura Vogado, por compartilhar de tantos surtos. Para sempre o melhor da monitoria. À minha amiga e colega de sonhos, Fernanda Coelho, pela imensurável ajuda na formatação dessa dissertação, pela diligência e companheirismo nesses anos de grupo de pesquisa.

Por fim, dedico esse trabalho, especialmente, ao meu orientador, Handel Martins Dias. Por despertar em mim o amor pelo processo civil. Por fazer surgir a vontade de aprender e ensinar. Pelas incontáveis oportunidades. Pela melhor experiência que tive na graduação – a monitoria. Pela orientação – no TCC e na dissertação – sempre irretocável. Pelas valiosas sugestões, correções e indicações bibliográficas. Por me ensinar a sempre questionar. Pela amizade. Minha eterna gratidão. Tenho muito orgulho de ter sido tua orientanda.

*“You do not just wake up and become the butterfly
- growth is a process”*

Rupi Kaur

RESUMO

PAGNUSSAT, Vitória Souza. Convenções processuais nas ações coletivas. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

Por meio do método de abordagem lógico-dedutivo, utilizando-se o método de procedimento monográfico e comparativo e as técnicas de pesquisas teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, bem como análise jurisprudencial, o presente trabalho se propôs a analisar a temática das convenções processuais, mais especificamente sua utilização no âmbito das ações coletivas. A relevância social da pesquisa reside justamente na investigação do papel da negociação processual nas ações coletivas, considerado o fato de que tais táticas permitem uma solução mais adequada e eficiente do litígio. Buscou-se verificar o cabimento das convenções processuais nas ações que envolvem conflitos de natureza transindividual; quais os pressupostos e limites devem ser observados para que as avenças, nesse contexto, sejam consideradas válidas; bem como examinar a necessidade do controle judicial da negociação processual configurada nas ações coletivas. A hipótese fundamental é que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não deve ser óbice para a realização das convenções processuais nas ações coletivas que tutelam tais direitos. Contudo, em função da relevância da guarda aos direitos coletivos, urge um minucioso escrutínio por parte do magistrado, tanto do conteúdo do acordo, como das consequências deste para a coletividade. Concluiu-se que a busca pela adequação processual, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos transindividuais, em consonância com a ideia de um processo democrático, participativo e cooperativo, justifica a possibilidade de utilização das convenções processuais como forma de buscar a efetivação dos direitos coletivos *lato sensu*.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Tutela coletiva. Direitos transindividuais. Colaboração processual.

ABSTRACT

PAGNUSSAT, Vitória Souza. Contracts for Procedure in Collective Actions. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

Through the hypothetical-deductive approach, using the method of monographic and comparative procedure and theoretical and qualitative research techniques using bibliographical and legal documentary material, as well as a case-by-case analysis, this paper investigates the thematic of contracts for procedure, more specifically their use in the scope of collective actions. The social relevance of the research lies precisely in the investigation of the role of contracts for procedure in the collective actions, considered the fact that such tactics allow a more appropriate and efficient solution of the dispute. The main objective of this study was to verify the appropriateness of procedural conventions in actions involving conflicts of a transindividual nature, which are the assumptions and limits that must be observed for the contract to be valid and the necessity of judicial control of the covenant. The hypothesis is that the unavailability of transindividual rights should not be an obstacle to the implementation of procedural conventions in collective actions that protect such rights. However, due to the relevance of the protection of collective rights, a thorough scrutiny by the magistrate is necessary, both in terms of the content of the agreement and of its consequences for the community. It was concluded that the search for procedural adequacy, in order to ensure the effective protection of transindividual rights, in line with the idea of democratic, participatory and cooperative process, justifies the possibility of using procedural conventions as a way to seek the enforcement of collective rights.

Keywords: Contracts for Procedure. Collective Actions. Transindividual rights. Procedural collaboration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROTEÇÃO DOS BENS TRANSINDIVIDUAIS NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1 DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS EM ESPÉCIE	14
2.1.1 Direitos e interesses difusos	15
2.1.2 Direitos e interesses coletivos <i>stricto sensu</i>	17
2.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos.....	20
2.2 TUTELA DE DIREITOS POR AÇÕES COLETIVAS	23
2.2.1 Ação popular	27
2.2.2 Ação civil pública.....	28
2.2.3 Ação civil coletiva	30
2.3 PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS	30
2.3.1 Natureza jurídica da legitimação coletiva	31
2.3.2 Representatividade adequada e pertinência temática.....	34
3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	42
3.1 ASPECTOS GERAIS	42
3.1.1 Conceito	49
3.1.2 Natureza jurídica.....	52
3.2 REGIME JURÍDICO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	54
3.2.1 Cláusula geral de convencionalidade.....	56
3.2.2 Convenções processuais típicas	57
3.3 LIMITES PARA A CELEBRAÇÃO	59
3.4 EFICÁCIA JURÍDICA	68
4 CONVENCIONALIDADE PROCESSUAL EM AÇÕES COLETIVAS	70
4.1 POSSIBILIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS COLETIVAS	70
4.2 REQUISITOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO	83
4.2.1 Legitimidade do substituto processual	83
4.2.2 Representação adequada no ato convencional.....	85
4.3 LIMITES DO ACORDO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS	89
4.4 CONTROLE DO ACORDO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS	97
5 CONCLUSÕES	106
REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

No final do século passado, pôde-se observar significativa mudança no processo civil brasileiro, no sentido de que este passou de instrumento concebido exclusivamente para propiciar o exercício individual do direito de ação, para buscar, também, a tutela de interesses metaindividuais. Reconhecida a existência dos direitos transindividuais, consideradas as substanciais diferenças entre estes e os direitos individuais, tornou-se imprescindível a concepção de um sistema de tratamento jurídico específico para a tutela coletiva, de forma a levar em conta todas as suas particularidades e, assim, permitir a efetiva salvaguarda dos interesses metaindividuais. Atualmente, muito se discute sobre formas de se buscar um aperfeiçoamento do processo coletivo. Uma das questões mais atuais nesse contexto diz respeito à possibilidade de constituição de convenções processuais nas ações coletivas. A presente pesquisa visa justamente a investigar o procedimento da negociação processual no âmbito de tais ações.

É importante o estudo das avenças processuais nesse contexto frente à relevância da tutela dos direitos transindividuais, visto que tais táticas permitem uma solução mais adequada e eficiente do litígio. Através da flexibilização procedimental, levando-se em conta as particularidades do conflito em questão, prima-se pela adequação do procedimento e, por conseguinte, pela efetividade da tutela dos direitos transindividuais. A utilização da negociação processual nas ações coletivas busca uma ampliação da possibilidade de concretização dos direitos envolvidos. Dessa forma, destaca-se o alinhamento do estudo com a linha de pesquisa do programa em que se insere, denominada “Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais”, por sua vez incluída na área de concentração “Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis”, a qual tem como abordagem exatamente a análise da efetivação e da tutela de direitos metaindividuais.

Como exposto, o problema de pesquisa centra-se na efetivação das convenções processuais no âmbito das ações coletivas. Os objetivos do estudo consistem em uma análise da tutela de direitos por ações coletivas no ordenamento brasileiro, do regime jurídico no direito processual civil vigente sobre a pactuação processual e, como objetivo precípua, examinar o cabimento das convenções processuais no âmbito das ações coletivas, os pressupostos e limites que devem ser observados para que a convenção processual coletiva seja considerada válida, bem como verificar a necessidade do controle judicial do conteúdo do acordo, traçando quesitos que devem ser analisados por parte do magistrado no momento do exame para validação da pactuação processual nas ações coletivas.

Para que possível a análise das questões propostas e o cumprimento dos objetivos da pesquisa, estruturou-se a presente investigação científica a partir de três eixos. Primeiramente, examinando-se o sistema de proteção dos bens metaindividuais no ordenamento jurídico brasileiro. Há, no sistema processual coletivo nacional, diferentes formas de tutela jurisdicional voltadas a situações jurídicas coletivas, tais como as ações de natureza dúplice (o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e o *habeas corpus*), assim nomeadas pois servem à tutela tanto de interesses e direitos individuais quanto à tutela de direitos e interesses coletivos; o julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos); as ações de controle de constitucionalidade, consideradas forma de processo coletivo vez que possuem eficácia expansiva, tendo contornos diferentes do processo civil individual, conforme ensina Teori Zavascki;¹ e as ações coletivas. O objeto do presente trabalho centra-se no estudo das ações coletivas, portanto, na primeira parte, examinam-se: (i) as particularidades dos direitos coletivos em espécie, quais sejam, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos; (ii) a tutela de direitos por ações coletivas, abarcando aspectos da ação popular, da ação civil pública e da ação civil coletiva; e (iii) a participação e representação nas ações coletivas brasileiras, abordando-se a natureza jurídica da legitimação coletiva, a representatividade adequada e a pertinência temática nesse contexto.

Em um segundo momento, buscou-se traçar uma análise do instituto das convenções processuais, de forma a examinar, no atual panorama do processo civil, a relevância da utilização de tais táticas na resolução de conflitos, especialmente o seu papel na busca pela efetivação da tutela jurisdicional. A partir de estudo doutrinário, os principais conceitos para a pesquisa são explorados. Nesta oportunidade, passa-se a analisar: (i) os aspectos gerais das convenções processuais; (ii) o conceito do instituto, ainda controverso na doutrina brasileira, especialmente em função dos diversos critérios utilizados na delimitação; (iii) a natureza jurídica dos pactos processuais; (iv) o regime jurídico das convenções no ordenamento jurídico brasileiro; (v) a cláusula geral de convencionalidade processual, prevista pelo artigo 190 do Código de Processo Civil; (vi) as convenções processuais típicas, que são aquelas previstas de maneira expressa pelo ordenamento jurídico; e (vii) os limites gerais que devem ser observados na pactuação processual.

Por fim, através das considerações gerais desenvolvidas, aborda-se a hipótese da presente pesquisa, porquanto se examina a inserção da convencionalidade processual nas

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 50-52.

ações coletivas. Nesse ínterim, busca-se desenvolver: (i) a análise da possibilidade de pactuação processual no âmbito das ações coletivas; (ii) os requisitos para sua implementação, dentre estes a legitimidade do substituto processual e a representação adequada no ato convencional; (iii) os limites positivos e negativos que devem ser observados para que seja considerada válida a avença processual coletiva; e (iv) o controle judicial do acordo.

Adotou-se, para o cumprimento dos objetivos atrelados, o método de abordagem lógico-dedutivo. Assim, partindo-se da premissa de validar a hipótese já apresentada, a pesquisa procura abordar os temas objeto de análise de forma geral para o particular. O método de procedimento foi o monográfico e comparativo. As técnicas de pesquisas utilizadas consistiram em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico, prioritariamente, por meio de doutrina nacional e estrangeira, contemplando também artigos jurídicos e revistas jurídicas; e documental legal (normas constitucionais e infraconstitucionais); bem como análise jurisprudencial.

2 PROTEÇÃO DOS BENS TRANSINDIVIDUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

No âmbito do direito brasileiro, pode-se constatar, com o intuito de proteger os bens transindividuais, a existência de um microsistema processual de tutela coletiva. É sobre os aspectos gerais da proteção dos bens transindividuais no direito brasileiro que se centrará este capítulo, de forma a abordar (i) os critérios classificatórios das diferentes espécies do gênero direitos coletivos; (ii) a tutela de direitos por ações coletivas, analisando-se a ação popular, a ação civil pública e a ação civil coletiva; e (iii) a participação e a representação em ações coletivas.

2.1 DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS EM ESPÉCIE

Foi a partir do desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor que o legislador brasileiro tratou de apresentar parâmetros para conceituar as diferentes classes de direitos e interesses coletivos, no parágrafo único do artigo 81, abrangendo: os direitos difusos, no inciso I; os coletivos *stricto sensu*, no inciso II; e os individuais homogêneos, no inciso III.² Da análise do diploma legal, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a classificação tripartida dos direitos coletivos.³

Passa-se agora a analisar cada uma das espécies de direitos e interesses⁴ coletivos e suas específicas características.

² Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha como intuito a proteção de direitos consumeristas, o próprio artigo 81 do Código determina sua aplicação à defesa coletiva de direitos de qualquer natureza.

³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 210-211.

⁴ Desde logo, já se estabelece que os termos “direitos” e “interesses” são utilizados, no presente trabalho, como sinônimos. Isso porque, segundo Paulo de Tarso Brandão, a distinção entre os conceitos foi abandonada pelas normas jurídicas modernas, que não apresentam diferente tratamento para “interesses” e “direitos”. Ainda, uma vez estabelecida a tutela de “qualquer interesse”, já há elevação destes ao status de direito, visto que protegidos por normas jurídicas. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996. p. 100-101. No mesmo sentido, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior, os conceitos são ambos amparados pelo mesmo sistema jurídico, não havendo, pois, necessidade de diferenciação. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 819-820. Por final, cabe também ressaltar que o próprio Código de Defesa do Consumidor adotou a expressão “interesses ou direitos”, no sentido de evitar considerações e entendimentos conflitantes. Segundo Rogério José Ferraz Donnini, a *mens legis* foi a de utilizar os termos como sinônimos, vez que os primeiros, amparados pelo ordenamento jurídico, assumem o status de direitos. DONNINI, Rogério José Ferraz. Tutela jurisdicional dos direitos e interesses coletivos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 183-195, abr. 1994. No mesmo sentido, Marcus Vinícius Rios Gonçalves também entende que o Código de Defesa do Consumidor adotou as expressões como sinônimas. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

2.1.1 Direitos e interesses difusos

Os direitos difusos são aqueles cujos titulares são indeterminados e indetermináveis. São as circunstâncias de fato, e não a existência de uma relação jurídica base, que estabelecem a ligação entre as pessoas difusamente consideradas, de acordo com o previsto no inciso I, parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Esses grupos podem, por exemplo, estar ligados pelo fato de habitarem uma mesma cidade ou dependerem de uma mesma fonte para abastecimento de água.⁵

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, os direitos difusos não pertencem a uma pessoa isolada e nem a um grupo que esteja delimitado de maneira nítida, mas a uma série de pessoas indeterminadas e de difícil ou até impossível determinação.⁶

A indeterminação de sujeitos deriva, significativamente, do fato de que não há vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados por tais interesses. Os titulares do direito difuso se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de viverem em uma mesma região, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc. Essa indeterminação também se revela quanto à natureza da lesão decorrente da afronta aos interesses difusos – a lesão é sofrida por um número indefinido de pessoas.⁷ Exemplifica-se: não há como individualizar as pessoas lesadas em função do derramamento de grandes quantidades de petróleo na Baía da Guanabara.⁸

Ainda, são transindividuais⁹ e de natureza indivisível, por pertencerem a todos indistintamente, o que significa que não podem ser cindidos. Desta feita, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos difusos são “(...) insuscetíveis de partição

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1957-1981, ago. 2015.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 95-97.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁹ Uma vez que se caracterizam como direitos metaindividuais ou supraindividuais. ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Marcio Louzada. (Coords.). **Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tescheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 229. Ainda, segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, são transindividuais na medida em que estão além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertencem com exclusividade, mas a uma pluralidade de pessoas. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos”.¹⁰ Assim, por exemplo, o interesse ao meio ambiente equilibrado não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade. Ademais, de acordo com José Carlos Barbosa Moreira, o objeto indivisível é “(...) tipificado pelo fato de que a satisfação de um implica a satisfação de todos, assim como a lesão de um só implica lesão da inteira coletividade”.¹¹ Em decorrência da indivisibilidade, não se pode fragmentar a tutela dos direitos difusos.

Pode-se concluir, então, que são três as fundamentais características dos direitos difusos: a indeterminação dos sujeitos; a ligação entre eles por um vínculo fático; e a indivisibilidade do objeto.¹²

Cabe ainda ressaltar que os interesses difusos apresentam alta tendência de ensejo à intrínseca conflituosidade, em função de sua vasta abrangência subjetiva, que potencializa a instauração de conflitos.¹³

Como exemplo de situação que envolve direito difuso, pode-se citar o caso em que determinado fornecedor veicula publicidade enganosa, uma vez que tal anúncio sujeita, de forma indiscriminada e geral, toda a população a ele submetida. Atenta-se: nem o fato de pessoas em particular serem atingidas pelo anúncio e sofrido danos em decorrência deste, nem o caso de não haver consumidor em específico enganado pelo anúncio veiculado, elide os demais aspectos formadores dos direitos difusos em jogo. Os titulares do direito difuso, nesse caso, são todas as pessoas da coletividade que poderiam, podem ou poderão entrar em contato com a publicidade enganosa enquanto ela permanecer no ar. Não é possível identificar individualmente aqueles que estão expostos. Outro exemplo é o caso de uma fábrica que, no decorrer de sua atividade, emite poluentes variados que colocam em risco a saúde dos habitantes de uma determinada região. Não há como proteger apenas parte das pessoas expostas ao risco. Uma vez determinado o fechamento da fábrica ou a implantação de dispositivos de purificação do ar, todos os titulares serão beneficiados.¹⁴

Ainda pode-se citar a proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna e a preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e espiritual da sociedade

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 98-99.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 77, p. 1-6, out. 1982. p. 1.

¹² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996. p. 93-34.

¹⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7.

como direitos difusos.¹⁵ A própria Constituição Federal prevê diversos dispositivos que versam sobre interesses difusos. Dentre estes, o direito à vida digna; o uso da propriedade e sua função social; o meio ambiente natural; a proteção ao patrimônio cultural; e a política urbana.

2.1.2 Direitos e interesses coletivos *stricto sensu*

A expressão “direitos coletivos” é dotada de equivocidade, uma vez que é utilizada para indicar o gênero e uma das espécies desse gênero. Exatamente em função disso, costuma-se utilizar o termo “direitos coletivos em sentido amplo” ou ainda “direitos coletivos *lato sensu*” para definir o gênero. Em referência à espécie, utilizam-se os termos “direitos coletivos em sentido estrito” ou “direitos coletivos *stricto sensu*”.¹⁶ Para fins metodológicos, desde logo se esclarece que, no âmbito da presente pesquisa, utiliza-se o termo “direitos coletivos” como direitos coletivos *lato sensu*, enquanto a espécie referida será mencionada como “direitos coletivos *stricto sensu*”.

São direitos coletivos em sentido estrito os transindividuais e de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, de acordo com o inciso II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷

Desta feita, são dois os elementos que caracterizam os direitos coletivos *stricto sensu*: a transindividualidade determinada (elemento subjetivo) e a indivisibilidade do direito ou interesse (elemento objetivo).¹⁸

Quanto ao primeiro elemento, diz-se que a transindividualidade é determinada pois o grupo titular do direito coletivo *stricto sensu* é de pessoas determinadas ou determináveis, porque conhecida a relação jurídica que as vincula entre si ou com a parte contrária. Nesse vínculo figuram, de um lado, todos os titulares do direito coletivo *stricto sensu* e, de outro, o sujeito responsável por causar o dano. Em resumo, é a relação jurídica base que outorga a

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 61, p. 187-200, jan. 1991.

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

¹⁷ Esse mesmo conceito foi adotado pela Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09, artigo 21, parágrafo único, I).

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

nota da determinabilidade dos titulares dos direitos coletivos *stricto sensu*.¹⁹ Essa relação já existe antes do fato lesivo, ou seja, o grupo está ligado em função de fatores independentes, e não em decorrência do dano ou ilícito.²⁰

Alguns dos grupos ligados pela relação jurídica base são organizados, como as entidades de classe, os sindicatos, os partidos políticos etc. Outros são meros aglomerados, ainda que não organizados.²¹

Como exemplo de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base e que tenham sido vítimas de um dano coletivo, pode-se citar o caso de condôminos de um edifício de apartamentos que foram vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura. Ainda, a hipótese de uma relação jurídica base com a parte contrária pode ser ilustrada com a situação em que um grupo de alunos portadores de determinada deficiência física postulam, junto à universidade, a construção de um acesso especial para cadeiras de rodas.²² Também se trata de direito coletivo *stricto sensu* aquele titularizado pelo grupo vinculado a um contrato de adesão que contenha cláusula ilegal.²³

Quanto ao segundo elemento, este objetivo, caracteriza-se pela impossibilidade de separação do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades pertinentes ao grupo, categoria ou classe titular do direito coletivo *stricto sensu*. Nesses termos, não é possível que a ação correspondente beneficie parte dos titulares do direito e não os demais – a decisão judicial que resolve o conflito atinente a direito coletivo *stricto sensu* ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base ou não beneficia membro algum.²⁴

Exemplifica-se o exposto através de uma das situações previamente colocadas: a existência de grupo vinculado a contrato de adesão que conta com cláusula ilegal. Nesse caso, se for ajuizada uma ação coletiva que busque a nulificação da cláusula, a eventual sentença de procedência não confere bem divisível aos integrantes do grupo lesado. Isso porque o interesse em ver reconhecida a ilegalidade é compartilhado pelos membros do grupo de forma

¹⁹ PIMENTEL, Alexandre Freire; VASCONCELOS, Dimitri de Lima. Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material. **Revista dos Tribunais Nordeste**, v. 4, p. 53-67, mar. 2014.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 9 ed. 2007. p. 824-825.

²¹ TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 241, p. 337-358, mar. 2015.

²² BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1957-1981, ago. 2015.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

²⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

não quantificável e indivisível. Ora, a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um – a ilegalidade, necessariamente, será igual para todos.²⁵

Os direitos e interesses coletivos *stricto sensu*, assim como os direitos difusos, são ainda indisponíveis.²⁶ Como se pode perceber, há grandes similitudes entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, em especial quanto à indisponibilidade e à indivisibilidade do objeto, recaindo a distinção na determinação e natureza do vínculo ou relação entre os interessados.²⁷ Em resumo, a diferença entre eles é a possibilidade de delimitar a coletividade titular do interesse.²⁸

Ressalta-se que uma mesma situação pode configurar direito difuso em determinado caso e coletivo *stricto sensu* em outro. Toma-se de exemplo a possibilidade de o Ministério Público do Trabalho propor ação civil pública para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole liberdades coletivas dos trabalhadores. Em relação aos trabalhadores atuais, o direito é coletivo em sentido estrito, vez que se trata de grupo determinado. Já em relação aos trabalhadores futuros, o direito é difuso, visto que o grupo é indeterminável.²⁹

A distinção entre as categorias se faz necessária, em especial, na medida em que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são submetidos a regimes diversos em termos de coisa julgada.

É exatamente em função da indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que se fala em direitos essencialmente coletivos, enquanto os direitos individuais homogêneos seriam direitos acidentalmente coletivos, apenas em função do tratamento processual a eles concedido.

Conquanto tenham os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito pontos de contato, pode-se também afirmar que há, entre os últimos e os direitos individuais homogêneos uma característica em comum. É que tanto os direitos coletivos *stricto sensu* quanto os individuais homogêneos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

²⁶ As questões atinentes à indisponibilidade nos direitos coletivos são objeto de análise do tópico 4.1.

²⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

2.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos têm seus titulares determinados ou determináveis. O nexo entre eles e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica, seja ela um fato, ato ou contrato, que tenha origem comum para todos.

O bem jurídico protegido pelo direito individual homogêneo é divisível. A falta de indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Uma vez possível o fracionamento, não há tratamento unitário obrigatório, no sentido de ser factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.³⁰ Ressalta-se ainda que os direitos individuais homogêneos são disponíveis.³¹

Os direitos individuais homogêneos tratam de situações em que uma coletividade de pessoas titulariza, individualmente, um direito que é, na essência, idêntico ao dos demais. Nesse contexto, surgem ocasiões em que estas pessoas têm, concomitantemente, seus respectivos direitos ameaçados ou violados.³²

Pode-se citar, como exemplo de direitos individuais homogêneos, o caso de compradores de um mesmo produto com defeito de série. Neste caso, cada integrante do grupo tem direito divisível à reparação devida.³³ Ainda a título exemplificativo, no caso em que uma prestadora de serviços de telefonia implementa, na composição da tarifa cobrada, itens não autorizados, o requerimento de devolução dos valores indevidamente pagos traduz pretensão individual homogênea.³⁴

Em sentido contrário aos direitos coletivos em sentido estrito, pode-se constatar que a relação de origem comum entre os titulares dos direitos individuais homogêneos nasce após a

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220.

³¹ ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³² TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 241, p. 337-358, mar. 2015.

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

³⁴ PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

ocorrência do dano. É o fato lesivo que acomete todos os integrantes do grupo que dá azo ao tratamento coletivo do conflito.³⁵

Os direitos individuais homogêneos são coletivos apenas na forma, e não na essência, vez que tratam de justaposição de interesses individuais, apenas exercidos coletivamente.³⁶ Nesses termos, quando se fala de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que se coloca como coletivo é o modo de tutelar o direito material, e não o direito material em si.³⁷ É em função de serem agrupados por uma origem comum que podem ser objeto de tutela coletiva.³⁸ Isso não quer dizer que, em sentido lato, os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos.³⁹ Em suma, os interesses ou direitos individuais homogêneos são essencialmente individuais e acidentalmente coletivos.⁴⁰

Pode-se então concluir que os bens jurídicos protegidos pelos direitos individuais homogêneos são interesses metaindividuais apenas na forma como se apresentam e no *modus procedendi* de seu exercício em juízo.⁴¹

A importância prática do reconhecimento desta categoria como espécie de direitos coletivos é notável. De acordo com Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, sem a criação dessa espécie não existiria a possibilidade de tutela coletiva dos direitos que são individuais, mas contêm natural dimensão coletiva, decorrente da homogeneidade superveniente da massificação das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. Ainda segundo os autores, a “ficção jurídica” empreendida pelo legislador na criação dessa terceira categoria, anteriormente não prevista no ordenamento constitucional – como eram os direitos difusos e coletivos em sentido estrito – torna apta a busca pela efetividade da tutela dos

³⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Marcio Louzada. (Coords.). **Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tescheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 231.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

³⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 163.231-3/SP**. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgado em 26 fev. 1997. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário n. 332.545/SP**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 06 maio 2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 389**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo389.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220.

⁴¹ GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 789, p. 745-758, jul. 2001.

direitos, considerados os aspectos da vida contemporânea.⁴² Para Antonio Gidi, a “ficção jurídica” criada pelo legislador tem como único fim possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais com dimensão coletiva.⁴³

Para que qualificados como homogêneos, precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, o que não significa, necessariamente, unidade factual e temporal.⁴⁴ Na verdade, a proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos deve apenas obedecer aos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual.⁴⁵

A admissão da proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos tem três principais funções. A primeira é a facilitação do acesso à justiça de questões que, de outra forma, não poderiam ser tuteladas, em especial quando as pretensões, individualmente consideradas, são de pequena expressão econômica. Em razão do tempo e do custo do processo judicial em contraste com o valor individual de pequena monta, muitas vezes se torna inviável a judicialização da questão. Essa função é de extrema relevância uma vez que embora no plano individual as lesões possam ser insignificantes, se somadas podem atingir valores substanciais. A segunda função é a busca por uma uniformização do entendimento judicial sobre o litígio, a fim de preservar a isonomia de tratamento e a segurança jurídica. Finalmente, a terceira função desempenhada pela tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos é a racionalização da distribuição da prestação jurisdicional, que busca evitar a necessidade de manifestações judiciais idênticas em casos dispersos e o gasto de recursos para tratar de questões já enfrentadas, otimizar o tempo da prestação de serviços públicos e reduzir o excesso de demandas a serem analisadas pelo Poder Judiciário.⁴⁶

Importante frisar que a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos atende aos ditames da economia processual e busca permitir ao sistema a possibilidade de garantir a tutela de direitos com qualidade e em tempo hábil.⁴⁷

⁴² DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 78.

⁴³ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20.

⁴⁴ WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 724.

⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 221.

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 76-77.

⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220-221.

No contexto dos direitos individuais homogêneos é imperioso destacar que, no Brasil, as situações jurídicas coletivas que envolvem tais direitos podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as ações coletivas e o sistema de julgamento de casos repetitivos, estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015. Ambos os instrumentos podem ser considerados processos coletivos, pois objetivam solucionar uma situação jurídica coletiva.⁴⁸

2.2 TUTELA DE DIREITOS POR AÇÕES COLETIVAS

A partir do século XX, houve uma enorme mudança de rumos no direito processual civil brasileiro. Até meados de 1980, o processo civil nacional tinha quase como exclusiva preocupação os conflitos entre o Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo. Na Europa, desde a década de 1970, já existia crítica doutrinária à inadequação do sistema tradicional processual para tutelar direitos transindividuais. Em trabalhos capitaneados por Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti, entre outros, tornou-se evidente que o processo civil tradicional não estava apto a resolver problemas em matéria de defesa de direitos metaindividuais.⁴⁹ Nesse contexto, cabe destacar a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os quais identificaram determinadas ondas do movimento do acesso à justiça. A primeira delas foi concentrada na temática da assistência judiciária, que teve como fim alcançar serviço jurídico gratuito aos jurisdicionados que não teriam condições de arcar com os altos custos da máquina judiciária. A segunda, essa de especial relevância para a presente pesquisa, foi voltada à representação dos interesses que os autores chamaram de difusos, coletivos ou grupais. Foi nesse momento que o processo passou a ser adaptado a fim de adequadamente tutelar os direitos ditos coletivos, de forma a modificar institutos processuais basilares como a representação e a coisa julgada. Os autores, em atenção à necessidade da representação judicial dos direitos difusos, identificaram a necessária revolução que ocorreu no âmbito do direito processual civil, que forçou uma reflexão sobre suas noções tradicionais. Quanto à terceira onda renovatória, deu-se enfoque a instituições, mecanismos, e procedimentos (judiciais e extrajudiciais) voltados a processar e prevenir os litígios na sociedade moderna, de forma a incentivar o uso de mecanismos de resolução de conflitos além do âmbito da jurisdição estatal.⁵⁰

⁴⁸ DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 229, p. 273-280, mar. 2014.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 958, p. 331-362, ago. 2015.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Por fim, ressalta-se, no mesmo sentido, o Projeto Florença de Acesso à Justiça, que representou o ápice do movimento pela socialização processual. O projeto foi patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, sendo levado a cabo a partir de 1973. Os resultados obtidos foram publicados em 1978, sob a direção de Mauro Cappelletti. O projeto envolveu a participação de vinte e três países, que, representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e, posteriormente, elaboraram um relatório apontando possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos. Os resultados passaram a servir como base para os movimentos reformistas subsequentes.⁵¹

Consideradas as críticas da doutrina estrangeira, o Brasil começou a demonstrar preocupação com a defesa coletiva.⁵² Dessa forma, o processo civil tradicional, concebido exclusivamente para propiciar o exercício individual do direito de ação, passou a buscar, também, a tutela dos interesses da sociedade como um todo ou de grupos representativos de parcelas do aglomerado social. Nesse contexto, considerada a nova visão do Estado e suas funções, assumiram destaque, primeiramente, os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, que passaram a apresentar papel de suma importância na legislação material e processual.⁵³

A Carta Magna de 1988, promulgada em contexto de redemocratização no Brasil, declarou nítida relevância para a proteção jurisdicional dos interesses coletivos. A nova Constituição previu dois dispositivos gerais quanto à tutela coletiva – ou seja, independentemente do tipo de ação –, o artigo 5º, inciso XXI, que conferiu legitimação às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados; e o artigo 8º, inciso III, que estatuiu que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de categoria. De modo específico, a Constituição manteve as ações populares⁵⁴ (artigo 5º, inciso LXXIII), elevou em patamar constitucional as ações civis públicas⁵⁵ (artigo 129, inciso III) e criou as ações de mandado de segurança coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX).⁵⁶

⁵¹ NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 217, p. 75–120, mar. 2013.

⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 958, p. 331-362, ago. 2015.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1817-1843, ago. 2015.

⁵⁴ Objeto de análise no tópico 2.2.1.

⁵⁵ Abordadas no tópico 2.2.2.

⁵⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

Em 1985, foi promulgada a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, em 1990, instituiu-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Referidos diplomas são de extrema relevância no contexto da tutela coletiva. Antes do advento da legislação consumerista, somente havia, no Brasil, regulamentação jurídica acerca dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Foi o Código de Defesa do Consumidor, através do seu artigo 110, que introduziu no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública a proteção a quaisquer direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, além de consubstanciar a proteção dos direitos individuais homogêneos. De tal forma, a abrangência irrestrita de salvaguarda de direitos metaindividuais existente no ordenamento brasileiro se deve ao Código de Defesa do Consumidor.

Foi com a promulgação da legislação consumerista que se constituiu um modelo estrutural para as ações coletivas⁵⁷ no Brasil, isto porque o Código possui aplicabilidade não apenas nas ações coletivas que tenham como objeto a defesa do consumidor, mas nas ações que buscam a tutela de direitos e interesses coletivos em geral, por determinação expressa do artigo 21 da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do artigo 117 da Lei 8.078/90. Nesses termos, o Código de Defesa do Consumidor passou a regular os aspectos primordiais das ações coletivas, como a legitimação, a coisa julgada, a competência, a execução, a litispendência, além de tratar dos conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.⁵⁸

Em suma, foi o sistema de tutela coletiva consubstanciado pelo Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública que desenvolveu regras processuais específicas, que tiveram como resultado a adaptação do processo civil clássico às necessidades impostas pelo reconhecimento da existência dos direitos coletivos. Dessa forma,

⁵⁷ Segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, pode-se definir a ação coletiva como o direito de exigir prestação jurisdicional que busque tutelar interesses coletivos em sentido amplo. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30. O propósito da ação coletiva é a prolação de uma decisão final apta a formar coisa julgada coletiva. DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 256, p. 209-218, jun. 2016. A ação coletiva é instrumentalizada em contraposição às ações individuais. O que se considera, nesse contexto, é a existência de uma pluralidade de pessoas, que são titulares dos interesses ou direitos em questão, substituídas, em juízo, via legitimação extraordinária. Frisa-se que a existência de um grupo de pessoas integrando a relação processual não qualifica o caráter coletivo da ação. Esse fenômeno, conhecido como litisconsórcio, é típico do processo individual. Diante da massificação das relações jurídicas que, atualmente, podem envolver milhares ou até milhões de pessoas, o litisconsórcio se tornou inapto para efetivação da prestação judicial no âmbito coletivo. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

⁵⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 197.

o sistema processual coletivo está baseado fundamentalmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.⁵⁹

O primeiro aspecto primordial foi a criação do rol de entidades legitimadas para atuar em defesa dos direitos coletivos, previsto pelo artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, também, pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

Ainda, houve modificação do regime tradicional da coisa julgada, que, considerando o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, passou a analisar, para que definida a imutabilidade do comando judicial, a espécie de direito coletivo objeto da ação e o resultado da demanda. Em suma, a coisa julgada é *erga omnes* quando a ação coletiva tratar de direitos difusos, e *ultra partes* quando se buscar a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. Contudo, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, em ambas as hipóteses será facultado a outro ente legitimado propor novamente a ação, com idêntico pedido, mas com base em prova nova. Quando a ação busca tutelar direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também será *erga omnes*, mas apenas na hipótese de procedência do pedido. Assim, beneficiará todos os sujeitos individuais que se enquadrem na categoria.

Os efeitos da coisa julgada não prejudicam os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. Ademais, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não atuaram como litisconsortes na ação coletiva poderão propor ação de indenização a título individual. Nesse sentido, o §3º do artigo 103 e o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, prevendo que a propositura de ação coletiva não obsta a individual, não induz a litispendência e não se aproveita os seus efeitos beneficiando os autores das ações individuais se não for requerida a respectiva suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Também relevante no tocante a previsões legais que envolvem a tutela coletiva de direitos no Brasil, a Lei 8.429, editada em 1992, dispondo sobre a improbidade administrativa. Referido diploma legal passou a prever sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta ou fundacional, contendo também regras processuais. Ainda, em 1994, a Lei Antitruste (Lei 8.884) acrescentou o inciso V ao artigo primeiro da Lei da Ação Civil Pública, de modo a reconhecer expressamente o cabimento de ações por responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica. Por fim cabe citar o

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.60.

Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que cuidou dos interesses coletivos relacionados ao urbanismo e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), que estabeleceu sistema de proteção integral à pessoa idosa, por ações individuais ou coletivas.

São os referidos diplomas legais que formam o “microssistema de processo coletivo”, os quais se integram e se subsidiam reciprocamente.⁶⁰

Passa-se então a analisar os aspectos gerais acerca das principais ações coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a ação popular, a ação civil pública e a ação civil coletiva.

2.2.1 Ação popular

A Constituição da República de 1934 dispôs, no artigo 113, n. 38: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Era a chamada “ação popular”, que, posteriormente, foi suprimida pela carta de 1937, mas reintroduzida em 1946. A ação popular se manteve prevista em todas as Constituições até então. Foi com sua regulamentação específica, através da lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que ganhou amplitude significativamente, em especial por passar a compreender “os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico”, de acordo com o §1º do artigo 1º da respectiva lei.⁶¹ Nesses termos, a ação popular, no Brasil, foi o instrumento pioneiro de tutela coletiva.

Atualmente, a ação popular, prevista na atual Constituição Federal pelo artigo 5º, inciso LXXIII, tem como objeto a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, compreendidos como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico; a moralidade administrativa; e o meio ambiente.⁶² Da análise do cabimento da ação popular, conclui-se que o instrumento tem como intuito a defesa de direitos difusos.

Qualquer cidadão está legitimado para a propositura da ação popular,⁶³ atuando em defesa do patrimônio público e de titularidade da coletividade. De tal forma, o legitimado

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 690, p. 277-279, abr. 1993.

⁶¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 193.

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84

⁶³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 199.

coletivo não busca, via ação popular, benefício pessoal.⁶⁴ Ainda, de acordo com o §5º do artigo 6º da Lei da Ação Popular, qualquer outro cidadão poderá atuar como litisconsorte ou assistente. É ainda obrigatória a participação do Ministério Público, de acordo com o §4º do artigo 6º.

A coisa julgada, no âmbito da ação popular, é *erga omnes*, de acordo com o artigo 18 da mesma lei, exceto no caso de improcedência por falta de provas. Ainda, resta o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

2.2.2 Ação civil pública

A Lei da Ação Civil Pública previu, originalmente, a tutela de interesses difusos. Através da Constituição de 1988, seu espectro objetivo foi ampliado para compreender todos os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor alargou ainda mais o cabimento da ação civil pública, vez que passou a admitir também a tutela de direitos individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, III).⁶⁵

Através da Medida Provisória 2.180-35 de 2001, acrescentou-se a possibilidade de proteção da ordem urbanística como possível objeto da ação civil pública. Por meio da Lei 12.529/2011, a Lei da Ação Civil Pública foi novamente suplementada, adicionando-se a viabilidade de proteção da ordem econômica. Referidas alterações serviram apenas para reforçar a possibilidade de proteção específica dos interesses mencionados expressamente, uma vez que, desde a alteração procedida pelo Código de Defesa do Consumidor, restou estabelecida uma sistemática de proteção indistinta, e não taxativa, de “qualquer direito coletivo ou difuso”.⁶⁶

A ação civil pública encontra previsão constitucional no artigo 129, III, além de ser referida em outros diplomas infraconstitucionais: no Estatuto da Criança e do Adolescente; no Estatuto da Cidade; no Estatuto do Idoso; na Lei 7.853/89; e na Lei 7.913/89.

Atualmente, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 1º, prevê, expressamente, que podem ser objeto de ação civil pública as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito;

⁶⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 739-745, out. 2011.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1817-1843, ago. 2015.

⁶⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire; VASCONCELOS, Dimitri de Lima. Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material. **Revista dos Tribunais Nordeste**, v. 4, p. 53-67, mar. 2014.

por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Quanto à legitimação ativa no âmbito da ação civil pública, trata-se de legitimação extraordinária, concorrente e disjuntiva: (i) extraordinária, vez que sempre substituirá a coletividade; (ii) concorrente em relação aos demais representantes, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e (iii) disjuntiva, visto que a entidade poderá propor a ação independentemente de anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo. A legitimação, de acordo com o artigo 5º da Lei 7.347/85, abrange não só o Ministério Público, mas também outras instituições públicas e privadas, como a União; os Estados; o Distrito Federal; os Municípios; as autarquias; as empresas públicas; as fundações ou sociedades de economia mista; as associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e as defensorias públicas.

Ao Ministério Público também incumbirá atuar como *custos legis*; ou encampar a ação em hipóteses de desistência ou abandono, de acordo com o artigo 5º, §1º e §3º, ainda da Lei 7.347/85. A atuação do *parquet* no âmbito da ação civil pública decorre de atribuição constitucional, como previsto no artigo 129, III, que dispõe que "são funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública (...)".

A Lei da Ação Civil Pública também prevê a possibilidade de litisconsórcio ativo (artigo 5º, §4º), tutela liminar (artigo 12) e isenção de custas, salvo caso de má-fé (artigo 18).

Em relação à coisa julgada, o artigo 16 da Lei da Ação Civil pública dispõe que se acolhe a técnica *secundum eventum probationis*, a depender de o conjunto probatório ter possibilitado uma cognição exauriente ou não. Dessa forma, caso a improcedência se dê em virtude da falta ou insuficiência de provas, a sentença não será acobertada pela autoridade da coisa julgada.⁶⁷

Por ser a ação coletiva primordial e mais utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, é a ação civil pública que permeia o desenvolvimento do presente trabalho, tratando-se, posteriormente, da inserção da convencionalidade processual nas ações coletivas com base nas previsões, no procedimento e na legitimidade ativa *ad causam* da ação civil pública.

⁶⁷ DIAS, Lícinea Rossi Correia. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 60, p. 161-176, jul. 2007.

2.2.3 Ação civil coletiva

Foi o Código de Defesa do Consumidor que passou a prever a ação civil coletiva, adequada para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. De acordo com o artigo 91, a ação civil coletiva pode ser utilizada nos casos de responsabilidade por danos e, de acordo com o artigo 101, nos casos de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços.

A decisão final da ação civil coletiva vincula o grupo quando favorável.⁶⁸ A inovação legislativa teve como inspiração a *class action* americana.⁶⁹ Entretanto, há diferenças relevantes entre as duas. Na *class action* americana, qualquer interessado pode propor a ação coletiva representando os demais, vinculando a classe à decisão.⁷⁰ Na ação coletiva brasileira, os legitimados estão definidos em lei e é vedado que um lesado individualmente considerado proponha a ação. Ainda, na ação de classe americana, há controle judicial da representatividade adequada de forma casuística, a fim de analisar se o representante está apto para defender os interesses do grupo, diferente do que ocorre na ação brasileira, em que os legitimados se presumem representantes adequados, uma vez que previstos em lei.⁷¹

2.3 PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS

Como já estabelecido, no direito brasileiro, a solução encontrada para que possível a tutela de situações coletivas foi atribuir a um rol de legitimados extraordinários a representação dos entes, grupos ou coletividades lesadas ou em ameaça de lesão. Isso porque, logicamente, a participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável.

Os legitimados legais agem em nome próprio, na defesa de direitos que pertencem a essas coletividades. A legitimação nas ações coletivas é caracterizada como concorrente e disjuntiva. Sendo o representante um substituto processual e não o titular dos direitos buscados na ação coletiva, é essencial que se garanta uma representação adequada dos

⁶⁸ DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 256, p. 209-218, jun. 2016.

⁶⁹ ALMEIDA, João Batista de. A ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, p. 88-97, abr. 2000.

⁷⁰ ALMEIDA, João Batista de. A ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, p. 88-97, abr. 2000.

⁷¹ Os aspectos atinentes à legitimação e representação adequada nas ações coletivas brasileiras são tratados, respectivamente, nos tópicos 2.3.1 e 2.3.2.

ausentes e que, em alguns casos, verifique-se a pertinência temática do legitimado. Os aspectos procedimentais acerca da representação coletiva em juízo serão tratados de forma mais afinsa a seguir.

2.3.1 Natureza jurídica da legitimação coletiva

No âmbito do processo coletivo, fez-se necessária a materialização da legitimação extraordinária, rompendo-se assim com a técnica utilizada nas ações individuais – legitimação ordinária. O legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. De outro lado, o legitimado extraordinário é aquele que defende, em nome próprio, interesse de outro sujeito de direito.⁷²

A legitimidade ativa nas ações coletivas foi atribuída a representantes, estes previstos de maneira expressa na legislação. Desta forma, os legitimados atuam por substituição processual. Quando há autorização legal para que determinados legitimados demandem, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhes pertence, a legitimação será extraordinária.⁷³ No mesmo sentido entende Fredie Didier Júnior, ao destacar que, na legitimação extraordinária, confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.⁷⁴

Defende Barbosa Moreira que as expressões “legitimação extraordinária” e “substituição processual”, não são sinônimas. Segundo o autor, esse entendimento seria cabível apenas nos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, por entender que “substituição” implica retirar o legitimado ordinário e, em seu lugar, colocar outro (legitimado extraordinário).⁷⁵ Entende-se, no âmbito do presente trabalho, que a legitimação nas ações coletivas é extraordinária e se dá por substituição processual, vez que esse fenômeno se verifica simplesmente por haver descoincidência, autorizada por lei, das partes do processo com os sujeitos da relação de direito material controvertida. Ocorre que, nas ações coletivas, os legitimados extraordinários, por expressa autorização legal, defendem em juízo direito

⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 232, p. 69-76, jun. 2014.

⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 240.

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 232, p. 69-76, jun. 2014.

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v. 3, n. 9, p. 41-55, set. 1969.

alheio, o que caracteriza a substituição processual. Na ausência do sujeito da lide, o legitimado extraordinário atua em seu lugar e como verdadeiro substituto, o que justifica a denominação.⁷⁶

De acordo com José Manuel Arruda Alvim, a substituição processual, assim nomeada devido à Chiovenda, configura a situação em que quem é parte no processo não se afirma ser titular do direito material.⁷⁷ No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior, quando afirmam: “Trata-se, na espécie, de ações coletivas, a que estão legitimados, a título de substituição processual [...], entes e pessoas que nenhuma relação jurídica de Direito Material tiveram ou têm com a parte contrária [...]”.⁷⁸ Ainda, Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar sobre ações civis públicas ou coletivas, estabelece que o grupo, classe ou categoria de lesados estão substituídos processualmente pelos legitimados extraordinários mencionados no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁹

Assim considerado, neste estudo, entende-se a legitimação coletiva como extraordinária e através de substituição processual. É claro que existem situações em que indivíduos, na qualidade de integrantes de uma classe atingida, podem propor ação coletiva, e, nesses casos, também estarão defendendo interesses próprios. Nesses casos, pode-se considerar a legitimação como composta, na qual está presente o interesse próprio conjugado com o alheio. Contudo, considerado o rol de legitimados previstos no artigo 5º da Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, não se pode dizer que os entes políticos, Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos estatais e associações estejam defendendo direitos que lhes são próprios. O interesse, de acordo com Aluísio Mendes, é ideológico, no sentido de que o legitimado estará exercendo papel de “verdadeiro paladino” do meio ambiente, consumidores, patrimônio histórico etc., cuja atribuição foi conferida pela lei ou por estatuto (no caso das associações).⁸⁰

A legitimação extraordinária pode ser classificada de maneiras diferentes. A presente nas ações coletivas é categorizada como autônoma, uma vez que não está, em regra,

⁷⁶ SILVA, Edson Ferreira da. Da legitimação extraordinária, inclusive na constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 64, p. 80-91, out.1991.

⁷⁷ ALVIM, José Manuel Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 427-428.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 148.

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 125, p. 9-14, jul. 2005.

⁸⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 244.

subordinada à presença do legitimado ordinário,⁸¹ ou seja, o legitimado extraordinário é autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso.⁸² De acordo com Barbosa Moreira, nesses casos, “o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”.⁸³ Nas ações coletivas, o legitimado tem absoluta independência para atuar, prescindindo da iniciativa, da vontade ou da intervenção do legitimado ordinário, o que caracteriza a legitimação autônoma.

De acordo com Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, o sistema jurídico brasileiro adotou três formas de legitimação: (i) a legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular); (ii) a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, no mandado de segurança coletivo); e (iii) a legitimação de órgãos do Poder Público (Ministério Público, por exemplo, na ação civil pública).⁸⁴

A legitimação extraordinária autônoma agrega subdivisões. Quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo privando aquele que seria o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte, denomina-se a legitimação extraordinária como exclusiva. De outro giro, se estiverem tanto o titular do direito como o legitimado extraordinário autorizados a defender o interesse em juízo, a legitimação é concorrente.⁸⁵ O que se leva em conta é a supressão, no caso concreto, da *legitimatio* daquele que seria o verdadeiro titular da situação coletiva litigiosa.⁸⁶ Em suma, é exclusiva se exclui a possibilidade de o legitimado atuar em juízo como parte, e concorrente quando a legitimação extraordinária não exclui a ordinária e nem vice-versa, admitindo também a atuação simultânea de ambos.⁸⁷

⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 241.

⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 232, p. 69-76, jun. 2014.

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v. 3, n. 9, p. 41-55, set. 1969.

⁸⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 209-210.

⁸⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 248.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁷ SILVA, Edson Ferreira da. Da legitimação extraordinária, inclusive na constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 64, p. 80-91, out.1991.

A legitimação, nas ações coletivas, pode-se caracterizar como concorrente e disjuntiva.⁸⁸ Diz-se concorrente uma vez que mais de um sujeito está autorizado à propositura da ação coletiva; e disjuntiva, visto que os legitimados podem propor a ação coletiva independente de anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo.

A expressão “concorrentemente” foi inclusive adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando prevê, em seu artigo 82, o rol de legitimados coletivos. Da análise do dispositivo legal, pode-se entender legitimação concorrente exatamente no sentido acima exposto, estando os entes listados no artigo igualmente autorizados à propositura de ação coletiva.

2.3.2 Representatividade adequada e pertinência temática

Uma vez que a coletividade lesada não estará diretamente presente em juízo nas ações coletivas, é imprescindível que seja observada a adequada representação dos interesses das partes ausentes.⁸⁹ Se o legitimado coletivo não demonstra ser um adequado representante dos interesses dos membros ausentes, ele é um não-representante. Em tese, não se poderia sequer conceber o conceito de representação inadequada. Segundo Antonio Gidi, ou a representação é adequada, ou não houve representação.⁹⁰

A adequação da representação é inerente às ações coletivas,⁹¹ e atua como princípio basilar do direito processual coletivo.⁹²

Dependendo do ordenamento jurídico analisado, diferentes são os critérios adotados para a aferição da representatividade adequada.⁹³

No Brasil, a adequação da representação é estabelecida de forma *ope legis* e não *ope iudicis*.⁹⁴ No sistema *ope legis*, o legislador elenca – nominal e taxativamente – os titulares da

⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 246-247.

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 55-56.

⁹⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 280.

⁹¹ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

⁹² GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 113

⁹³ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo processo do consumidor**. O processo em evolução. 2. ed. Rio de

ação coletiva, presumindo-os representantes adequados. Sendo assim, a representação adequada é considerada *in re ipsa*.⁹⁵ No sistema *ope iudicis*, a adequação da representação é aferida pelo magistrado no caso concreto, ou seja, ele avalia se o representante está em condições de buscar os interesses da coletividade ausente casuisticamente. Nesse sistema, a legitimidade aferida é *real*, enquanto que no sistema *ope legis*, a avaliação da representatividade adequada é presumida.⁹⁶

Em função do reconhecimento da possibilidade de que, no Brasil, a parte autora na ação coletiva pode ter legitimidade ativa legalmente prevista e apresentar pertinência temática, mas não representar, no caso concreto, adequadamente os interesses da coletividade,⁹⁷ defende-se, no âmbito do presente trabalho, a necessidade de adoção da análise judicial da adequação da representatividade *in casu*. Entende-se que a simples presunção da representatividade adequada não basta para garantir a proteção dos interesses da coletividade ausente no processo.

Cada vez mais, na doutrina brasileira, fala-se sobre a conveniência ou até necessidade em se adotar o controle *ope iudicis* da representatividade adequada.⁹⁸

É este o modelo adotado, por exemplo, nos Estados Unidos da América. Neste sistema, há ampla e aberta titularidade na propositura da ação coletiva. Qualquer indivíduo que faça parte de um grupo e que possua questões de fato e de direito comuns à classe pode propor a ação coletiva. Contudo, é preciso que o autor demonstre que é apto a defender os interesses da classe (que estará formalmente ausente no processo) de forma adequada e vigorosa, visto que o resultado final terá efeitos vinculantes para todos os indivíduos que fazem parte da coletividade.⁹⁹ Na análise casuística da adequada representação do representante são considerados diversos fatores, dentre esses: a qualificação profissional e a especialização na área; a experiência com ações coletivas; a qualidade dos escritos

Janeiro: Forense Universitária, 1998.

⁹⁵ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

⁹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 209, p. 243-264, jul. 2012.

⁹⁷ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

⁹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 209, p. 243-264, jul. 2012.

⁹⁹ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

submetidos ao tribunal e a *performance* na causa; a conduta ética e os antecedentes, entre outros.¹⁰⁰ O requisito da representatividade adequada é o mais importante a ser analisado nas ações de classe norte-americanas.^{101 102}

Não se pode concordar com Cassio Scarpinella Bueno quando afirma que, no Brasil, não há lugar para verificar a adequada representação do legitimado extraordinário e, dessa forma, “todos que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva.”¹⁰³ Tampouco com Álvaro Luiz Valery Mirra, quando, no mesmo sentido, defende que não se permite controle judicial da representatividade adequada no Brasil.¹⁰⁴

No ponto, entende-se que, como bem explica Kazuo Watanabe, “o sistema brasileiro, embora não afirme expressamente, não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz, em cada caso concreto”. Segundo o autor, considerada a ausência de norma impeditiva, pode se atribuir ao juiz tal possibilidade.¹⁰⁵

Para Antonio Gidi, destacado defensor do controle judicial da representação adequada do autor da ação coletiva no Brasil, “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos

¹⁰⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

¹⁰¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

¹⁰² A adequada representação está diretamente ligada ao devido processo legal no âmbito das *class actions*. Nos EUA, assim se entende desde 1940, quando a *Supreme Court* decidiu, em *Hansberry v. Lee*, que os membros da classe poderiam posteriormente questionar a decisão, alegando que não foram adequadamente representados. CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011. No julgamento desse caso, decidiu-se que é evidente que a representação adequada é imprescindível para justificar o alcance dos membros da classe. A partir da decisão proferida em *Hansberry v. Lee*, restou claro que: (i) os ausentes não podem ser prejudicados quando, sob o pressuposto de necessidade de tutela de direitos de titularidade de muitos, aquele que participa de forma direta não tem efetivas condições para defender os interesses daqueles que ficaram alheios ao processo; e (ii) a representação adequada foi elevada ao patamar do *due process*, dessa forma, nenhuma regra infraconstitucional ou decisão judicial pode sustentar, de forma legítima, o prejuízo ao ausente que não foi adequadamente representado. Desse modo, passou-se a entender que a cláusula do *due process*, contida na 14ª emenda, seria violada caso se admitisse que uma decisão pudesse prejudicar litigantes que foram, em ações representativas, inadequadamente representados. Através dessa decisão, a Suprema Corte elevou a representação adequada a um requisito constitucional indispensável. *Hansberry* repercutiu na legislação federal, alterando a *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure*, de forma que esta passou a incluir, como um dos requisitos da *class action*, a representatividade adequada. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 124-130.

¹⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, p. 92-151, abr. 1996.

¹⁰⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 53.

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: Grinover, Ada Pellegrini et al. (orgs.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 825-826.

interesses do grupo em juízo”.¹⁰⁶ Ainda, conclui que, através do controle judicial, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e se assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo.¹⁰⁷

Dessa forma, para que a representatividade adequada não caia em exigência vazia, defende-se a possibilidade do controle judicial por parte do magistrado. Nesses termos, a afetação das partes ausentes só deve ser considerada legítima se houver idoneidade da atuação do representante.¹⁰⁸ Também nesse sentido, Rodolfo Camargo Mancuso entende ser necessário verificar, nos conflitos transindividuais, “quem é idôneo, adequado, apto e, pois, a justa parte para vir a juízo em nome daqueles interesses superindividuais”.¹⁰⁹

Segundo Elton Venturi, não são raras as ações coletivas propostas por entidades que não demonstram efetivo comprometimento com a defesa dos interesses transindividuais ali buscados. Nesse sentido, frequentemente se encontram legitimados coletivos sem idoneidade técnica para conduzir com êxito a demanda coletiva.¹¹⁰

Quando se trata de possível ausência de representação adequada, muito se fala sobre a necessidade de se questionar a adequada representação das associações para defesa de interesses metaindividuais. Por esse ângulo, Eduardo Cândia utiliza o termo “associações de papel”, para categorizar associações “[...] que não tenham mínimas condições técnicas ou econômicas para pleitear a tutela jurisdicional [...]”.¹¹¹

Para Ada Pellegrini Grinover, existem problemas práticos que surgem em função do ajuizamento de demandas por parte de associações que, mesmo cumprindo os requisitos legais, não apresentam, no caso concreto, credibilidade, seriedade, conhecimento técnico e, assim, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida dos interesses coletivos envolvidos. Segundo a autora, tais questões constituem as características da representatividade idônea e adequada, e assim conclui que, em casos como estes, seria de grande valia permitir que o juiz controle a representatividade adequada do legitimado, “de

¹⁰⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 134.

¹⁰⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, p. 61-70, out. 2002.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 132.

¹⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

¹¹⁰ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.

¹¹¹ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada.”¹¹²

Contudo, entende-se que não apenas as associações podem vir a representar inadequadamente os membros da coletividade atingida. Não se pode defender que os membros do Ministério Público, por exemplo, por participarem de instituição que deve zelar pelos interesses transindividuais, devem sempre ser considerados representantes adequados. Nesse sentido a crítica desenvolvida por Sérgio Arenhart, ao defender que os membros da instituição, pelo simples fato de sê-los, não estarão inquestionavelmente legitimados à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo.¹¹³

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, São Paulo, v. 361, p. 3-12, maio. 2002.

¹¹³ Como exemplo da necessidade de se analisar, no caso concreto, a atuação do Ministério Público, pode-se citar a decisão da ação civil pública processo n. 001/1.05.2339666-3 (RIO GRANDE DO SUL. 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. Ação civil pública n. 001/1.05.2339666-3. Julgador: Martin Schulze, julgado em 29 de novembro de 2007), ajuizada pelo *parquet* em face do Município de Porto Alegre, com o escopo de suspender a eficácia do Decreto Municipal n. 14.530. O decreto tinha, em suma, o intuito de preservar o patrimônio histórico e cultural em detrimento de interesses de caráter particularista. A propositura da demanda buscava restringir a atuação do Município no tocante à aplicação das normas regulamentadoras do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental, por meio de alegações de que o referido Decreto Municipal, que dispunha sobre áreas de interesse cultural e estabelecia parâmetros para aprovação de projetos em tais áreas, feria o princípio da legalidade, visto que a regulamentação em análise deveria ser realizada por meio de lei. Trata-se de julgado relevante, uma vez que a decisão pontuou que, ainda que o decreto tenha regulado matéria cujo tratamento seria de atribuição do legislativo, a preservação de locais de interesse cultural e ambiental deveria ser considerado interesse jurídico superior, o que justificaria, na inteligência do julgamento, a não observância da forma nesse caso. A decisão afirma que, à primeira vista, existiria ilegalidade, considerando que um decreto do Executivo Municipal não teria a mesma eficácia legal do que uma lei promulgada pela Casa Legislativa do Município. Entretanto, o julgado deixa claro que a situação real se demonstrava muito mais complexa. A decisão consubstanciou diversas previsões de dispositivos constitucionais, que conceituam e regulam a proteção do patrimônio e das manifestações culturais, bem como a preservação do meio ambiente (incisos XXII e XXIII do artigo 5º; o artigo 216, inciso IV e V; o artigo 221, inciso V; o artigo 222; 223; 225; artigos 250 ao 259), demonstrando que a proteção do patrimônio histórico e cultural está amplamente amparada pela Constituição Federal. Decidiu-se, assim, que a ação que busca a efetivação da proteção em questão, mesmo que formalmente regulada em dissonância com a legislação vigente, deve ser tida como constitucional. Dessa forma, a decisão foi no sentido de identificar a proteção do patrimônio como superior e anterior à formalidade legal. Visto que tanto a proteção ao patrimônio cultural como o princípio da legalidade estão amparados na Constituição, houve efetiva ponderação de normas constitucionais, e decorrente desta ficou estabelecido, no caso concreto, a superioridade da proteção ao patrimônio sobre a formalidade, dado que o aguardar do cumprimento da formalidade legal implicaria possibilitar o depauperamento do patrimônio histórico cultural. Frisou-se que, uma vez derrubado o patrimônio imobiliário, o refazimento sempre será novo e nunca poderá se equiparar àquele que se pretendia proteger. SCHULZE, Martin. Ação civil pública. Plano diretor. Criação de regime urbanístico para áreas de 7 interesse cultural através de decreto. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 49, p. 351-359. 2008. Atente-se: o caso trata de ação ajuizada pelo Ministério Público, que deveria ser instituição compromissada com a preservação do patrimônio histórico e cultural, mas, no caso concreto, demonstrou claro suporte aos interesses econômicos de instituições ligadas ao setor imobiliário, em detrimento de referido compromisso. De tal forma, mesmo o Ministério Público, que seria, por excelência e por previsão constitucional, o responsável por zelar pelos interesses coletivos, de acordo com a previsão contida no artigo 129, III da Carta Magna, pode vir a atuar na ação coletiva de forma a não representar adequadamente os interesses da coletividade. Ora, se tal situação ocorrer, não pode o magistrado simplesmente ignorar a falta de tal requisito, como visto, constitucional, apenas porque se presume a adequada representação da coletividade pelos legitimados legais. Ainda que se presuma a representatividade adequada, há possibilidade de, no caso concreto, inexistir correspondência à essa presunção. Se for o caso, não se pode aceitar que o processo corra da mesma

Também é objeto de preocupação, no que tange à representatividade adequada, as ações coletivas conduzidas pelas Defensorias Públicas. Nada obstante ser louvável o trabalho que desempenham, os defensores públicos atuam em muitíssimos processos, e não raro tamanha carga pode vir a dificultar a apresentação do nível de diligência exigido por uma ação coletiva.

Qualquer legitimado para a propositura das ações coletivas pode não demonstrar, no caso concreto, que está adequadamente representando os interesses da coletividade lesada, e é em função disso que se entende necessária a possibilidade de o juiz avaliar, caso a caso, a presença ou não da representatividade adequada.

Um dos argumentos adotados por aqueles que defendem a não incidência do controle em discussão na realidade brasileira invoca o sistema de coisa julgada nas ações coletivas. Como se sabe, a sentença desfavorável, em regra, não prejudica a ação individual, de modo que as consequências resultantes da inadequada condução processual não impedem que os membros do grupo postulem, individualmente, seus direitos, e assim seria mantida de forma incólume a garantia dos indivíduos ao contraditório.

Ora, mesmo que haja a possibilidade de se buscar reparações individuais, o bem coletivo permanecerá lesado, muitas vezes sem possibilidade de rediscussão no âmbito coletivo, uma vez que a sentença de improcedência prolatada com amparo em provas suficientes faz coisa julgada e obsta o ajuizamento da mesma ação coletiva. Isso sem contar o tempo que pode levar até que os particulares, individualmente considerados, decidam tomar as medidas cabíveis. Ainda, a iniciativa pode não partir por parte da integralidade dos lesados, e, deste modo, na ausência da ação coletiva, haverá evidenciado prejuízo suportado pelo grupo em decorrência da inadequada representação coletiva de seus interesses.¹¹⁴

A situação também é problemática no sentido de que existem hipóteses em que a lesão coletiva acarreta danos individuais ínfimos, que não compensam os custos de propositura de demanda individual. Nesses termos, excluída a possibilidade de sua discussão no âmbito coletivo, não será “materialmente viável discuti-los individualmente, dada a sua pequena monta”.¹¹⁵

Ainda, a afirmação de que a violação ao princípio do contraditório não seria problema, considerado que o regime de extensão da coisa julgada somente atinge terceiros quando os

forma. Exatamente em função disso, defende-se a necessária possibilidade de controle judicial da representatividade adequada.

¹¹⁴ TOSCAN, Anissara. Contraditório e representação adequada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 191-220, fev. 2015.

¹¹⁵ VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 69-70.

beneficiar, e de não se admitir a formação de coisa julgada em relação às ações individuais em caso de improcedência, desconsidera os prejuízos experimentados pela coletividade quando esta é inadequadamente representada. No mesmo sentido, o argumento de que a atuação do Ministério Público como fiscal da lei excluiria a necessidade de controle judicial da representação adequada não pode se sustentar.¹¹⁶ Se for vedada a possibilidade de controle judicial da representatividade, mesmo que o Ministério Público reconheça a inadequação da representação, nada restará a fazer, visto que, ainda que apresente ao juiz essa informação, este estará impedido de agir.¹¹⁷

Nesses casos, poderia se argumentar que o Ministério Público deveria assumir a titularidade de ação. Ora, se assim for, quem irá averiguar a idoneidade da representação do próprio Ministério Público? Como já demonstrado, o simples fato de o legitimado ser membro da referida instituição não resulta, necessariamente, na adequada representação dos ausentes.

De acordo com Antonio Gidi, mesmo que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública não prevejam, expressamente, a necessidade de controle da adequada representação, é importante lembrar que referidos diplomas se inserem em um contexto maior, que é o da Constituição Federal e do devido processo legal. De tal forma, pouco importa que a lei infraconstitucional não preveja expressamente que o juiz deve controlar a adequação.¹¹⁸ Não se trata aqui de questão meramente processual, mas constitucional. Nesse mesmo sentido, a lição de Fredie Didier Junior: “a necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva”.¹¹⁹ O processo justo, garantido pela ordem constitucional, é aquele que se volta para as garantias constitucionais, dentro dos padrões do devido processo legal.¹²⁰

É a representação adequada que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos em juízo, e é a presença da adequada

¹¹⁶ TOSCAN, Anissara. Contraditório e representação adequada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 191-220, fev. 2015.

¹¹⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 131-132.

¹¹⁸ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, p. 61-70, out. 2002.

¹¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle judicial da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC (LGL\1990\40)). In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 155.

¹²⁰ THEDORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 55.

representação que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, que afetará terceiros que não foram partes no processo.¹²¹

O tema é em especial delicado nas ações coletivas brasileiras uma vez que o representante da coletividade não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados. Assim, conclui-se pela necessidade de se possibilitar a aferição, no caso concreto, da qualidade da representação, que certamente não pode ser qualquer uma.

Quanto à pertinência temática, cabe lembrar que os legitimados para a propositura de ação coletiva estão disciplinados no artigo 5º da Lei 7.347/85 e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, e entre eles, pode-se citar as associações. No que tange à essa categoria, cumpre frisar ser necessário que se cumpram dois requisitos: (i) a associação precisa estar constituída há pelo menos um ano; e (ii) dentre suas finalidades institucionais, precisa constar a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Esse último requisito diz respeito à chamada pertinência temática.

O primeiro requisito pode ser dispensado pelo juiz nos casos de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, conforme o §4º do artigo 5º da Lei 7.347/85 e o §1º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo requisito prima por garantir uma representação adequada do grupo ausente na ação coletiva, porquanto existente vinculação entre a finalidade institucional da associação e os direitos que serão objeto de tutela jurisdicional.

Nesse sentido, pode-se dizer que as associações atuam como legitimados coletivos restritos, vez que a elas não basta a previsão legal geral de legitimidade. Para que aptas a buscarem a tutela coletiva, as associações devem demonstrar, *in casu*, o requisito da pertinência temática, e, assim, só estão autorizadas à defesa coletiva dos direitos que correspondam às finalidades estabelecidas em seus estatutos de constituição.¹²² É necessário, nesses casos, que os entes demonstrem a correspondência ou adequação temática entre o direito que se busca tutela e os objetivos para os quais a entidade foi criada.

Cabe ressaltar que o conceito de pertinência temática não se confunde com o de representatividade adequada. De acordo com Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, o controle da

¹²¹ COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e o litisconsórcio – O Projeto de Lei n. 5.139/2009. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 627.

¹²² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

representatividade adequada não se relaciona à legitimidade processual.¹²³ Frisa-se que a análise quanto a presença da representatividade adequada no caso concreto não deve se bastar na verificação do cumprimento dos requisitos do tempo mínimo de pré-constituição e da pertinência temática. Como já demonstrado, defende-se o escrutínio casuístico da *performance* do representante, de forma a avaliar sua atuação e idoneidade, de acordo com as particularidades da causa.

3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No capítulo anterior foram feitas considerações sobre o sistema processual brasileiro de tutela de direitos transindividuais, incluindo a diferenciação entre as espécies de direitos coletivos *lato sensu* e os aspectos atinentes à legitimação, participação e representação no contexto das ações coletivas.

Para atingir o objetivo do trabalho, é imperioso, ainda, estudar os aspectos gerais das convenções processuais. Neste capítulo, realiza-se uma análise sobre o conceito e a natureza jurídica do instituto e examina-se o regime jurídico das convenções processuais no direito processual civil brasileiro, de forma a abordar a cláusula geral de convencionalidade e as convenções processuais típicas. Por fim, trata-se sobre os limites traçados para a constituição das convenções processuais no geral, de forma a analisar as balizas sugeridas pela doutrina no que tange às convenções firmadas em processos individuais.

3.1 ASPECTOS GERAIS

Desde a estruturação da autonomia do estudo do direito processual, ocorrida em meados do século XIX, até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, a preocupação dos teóricos que se debruçavam sobre a matéria era acerca da técnica processual.¹²⁴ Nesse período se deu a transição do liberalismo processual ao socialismo processual.

¹²³ ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 210.

¹²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

A perspectiva processual liberal, no contexto do Estado Liberal, pressupunha o esvaziamento da função dos magistrados e atribuía aos advogados a função diretiva das lides. O processo era visto como coisa das partes, e não era admitido qualquer ativismo judicial,¹²⁵ sendo o ato decisório o único momento em que o magistrado tomava contato com o processo, decidindo de acordo com os autos.¹²⁶

De acordo com Canotilho, o Estado de Direito era um Estado Liberal e os direitos fundamentais liberais decorriam da esfera de liberdade individual.¹²⁷ Com base nesse prisma de análise, os sistemas processuais vigentes à época eram baseados na igualdade formal e no princípio dispositivo, os pilares do liberalismo processual.¹²⁸ As propostas liberais no campo processual já mostraram seu esgotamento no curso do século XIX.¹²⁹ Na primeira metade do século XX, a preocupação reformista foi em grande parte centrada no princípio autoritário.¹³⁰ O processo civil passou a ser considerado um meio para atuação da vontade do Estado, e uma vez que no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário incorporado no processo civil significou o reforço dos poderes do magistrado.¹³¹ Ainda, elevou-se o juiz a uma posição de superioridade,¹³² supondo-se um privilégio cognitivo deste.¹³³

Houve uma brusca redução do papel das partes e de seus procuradores no processo, que passaram a assumir uma posição passiva e espectadora.¹³⁴ O Estado-juiz passou a ser não só a figura central, mas onipresente no processo,¹³⁵ o que levou a configuração de um protagonismo judicial exacerbado. Tal equívoco impedia, e ainda impede, a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que visa a impor uma coparticipação, assim como um reforço da importância e do papel de todas as partes do processo. O modelo de publicismo exacerbado do processo característico do paradigma do Estado Social começou a

¹²⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out/2008.

¹²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 62-63.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 97.

¹²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008 p. 73.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 77.

¹³⁰ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out/2008.

¹³¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008 p. 95.

¹³² GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out/2008.

¹³³ *Ibid.*, p. 98.

¹³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008 p. 112.

¹³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 124.

entrar em crise na década de 1970. Consequentemente, passou a se buscar novos paradigmas no campo do direito processual.¹³⁶ O publicismo reduziu de tal forma a autonomia e a liberdade dos cidadãos que se fez necessário buscar opções para sua superação, que não representem somente o resgate de perspectivas liberais, mas sim traçar perspectivas tensionais entre os sistemas apresentados.¹³⁷

O escopo do processo não mais pode ser unicamente, ou predominantemente, voltado ao Estado. Deve-se buscar um equilíbrio entre os interesses das partes e o interesse público.¹³⁸ O tema das convenções processuais se coloca no centro da discussão entre privatismo e publicismo processual, uma vez que reflete a tensão entre o processo público e a vontade privada dos indivíduos envolvidos.¹³⁹ As convenções processuais se prestam a atribuir às partes o poder de regular, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.¹⁴⁰

Com a influência do publicismo, o processo e seus institutos foram revistos. No contexto das convenções processuais, isso implicou aplicação imperativa da regra legislada, de forma que a lei seria a única fonte de norma processual, esta de ordem pública e, portanto, cogente, inderrogável pela vontade dos litigantes; e a rejeição do processo como coisa das partes, com a inflação dos poderes oficiosos do juiz, inclusive na condução do procedimento, o que fez com que o magistrado tomasse parte como personagem central da relação jurídico processual.¹⁴¹

Neste cenário, partindo-se da prevalência do público sobre o privado, a vontade das partes passou a ser ignorada pelo publicismo,¹⁴² que via a lei como única fonte de norma processual e sua aplicação de ofício pelo juiz poderia se dar por atos unilaterais, em um quadro de total ausência de interação entre os sujeitos do processo.¹⁴³ Nesse contexto, o encontro de vontade das partes nunca poderia normatizar o procedimento,¹⁴⁴ consagrando os

¹³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das críticas das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008 p. 135.

¹³⁷ Ibid., p. 135.

¹³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 33.

¹³⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out/2008.

¹⁴⁰ DIDER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 279, p. 41-66, maio. 2018.

¹⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 117.

¹⁴² SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 483 e ss.

¹⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 122.

¹⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 469 e ss.

brocados *jus publicum pactis privatorum mutari non potest e privatorum conventio júri publicum non derogat*.¹⁴⁵

Passou-se a rejeitar veementemente a concepção do processo como *coisa das partes*, segundo a qual caberia aos litigantes preponderantemente a condução do processo.¹⁴⁶ Opondo-se ao “processo das partes” individualista, o movimento levou à ideia de que a direção do processo caberia exclusivamente ao magistrado, e nem mesmo parcialmente as partes poderiam tolher do julgador esse poder,¹⁴⁷ vedando a possibilidade de convenção das partes, uma vez que estas não poderiam “interferir nos poderes do magistrado”.¹⁴⁸

Uma leitura deturpada e exacerbada do publicismo acabou por desvirtuar o intuito do modelo, e esses desvios da concepção, no entendimento de Antonio do Passo Cabral, levaram à configuração de um “hiperpublicismo”.¹⁴⁹

Ao posicionar o juiz como figura onipresente no processo, o “hiperpublicismo” consolidou o entendimento de que o magistrado pode tudo fazer e que as partes teriam autonomia para quase nada. Através da interpretação de que o juiz persegue os interesses do Estado, poderia fazê-lo desconsiderando, por completo, a vontade individual, e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam suas prerrogativas de definir e até renunciar ao direito material subjacente, mas não haveria possibilidade alguma de conformar o procedimento. O juiz passou a preponderar entre os sujeitos do processo, tornando-se uma figura que a nada se vincula, podendo ignorar as partes e seus argumentos, decidindo de ofício e atuando como se fosse tutor dos jurisdicionados.¹⁵⁰

Apesar do caráter público do processo, não se deve desconsiderar os interesses privados existentes não só no campo do direito material, mas também no campo processual. Os poderes do juiz devem ser conjugados com a prerrogativa das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação.¹⁵¹ Como expõe Robson Godinho, se não é constitucionalmente adequada uma moldura privatista do processo como “coisa das partes”, também não se deve enaltecer o publicismo a tal ponto que o processo se torne “coisa sem partes”.¹⁵²

¹⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 126.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? *In: Temas de direito processual*. 7 série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12.

¹⁴⁷ GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo autoritário e regime liberal. **Revista forense**, Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, v. 37, p. 243–248, abr. 1940.

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, **Pincippi di Diritto Processuale**. Napoli: Jovene, 1965. p. 105.

¹⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 126.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 151-152.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁵² GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova**: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 15.

Nesse sentido, imperioso destacar que as convenções processuais não significam um retorno impensado ao privatismo processual, mas um balanceamento da tensão entre privatismo e publicismo, com a redução – e não eliminação ou restrição demasiada – dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes.¹⁵³ Permanece o poder do magistrado de analisar as convenções processuais a fim de recusar-lhes aplicação em casos de abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade, o que significa dizer que o magistrado faz juízo de validade dos negócios jurídicos processuais, impondo limites ao exercício da autonomia privada. Sendo o negócio jurídico fonte de norma jurídica processual, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.¹⁵⁴

As convenções processuais constituem relevante traço de um novo modelo de processo, um processo policentrista e caracterizado pela cooperação entre as partes e o magistrado. Busca-se uma maior observância do equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados que também se manifestam no processo.

Conclui-se que admitir as convenções processuais não significa retornar ao privatismo processual de um processo concebido como coisa das partes.¹⁵⁵ É de inteiro possível que os negócios jurídicos processuais convivam com as conquistas do publicismo processual,¹⁵⁶ visto que o autorregramento não é incompatível com o sistema processual referido.

O processo civil contemporâneo tem como objetivo principal alcançar aos jurisdicionados uma tutela adequada, efetiva e tempestiva de seus direitos.¹⁵⁷ Nesse ínterim, cede cada vez mais espaço à ideia de um processo colaborativo, participativo e dinâmico, com vistas à utilização das técnicas que mais se parecem eficazes a solucionar o litígio em questão, analisando as peculiaridades do caso concreto.

As convenções processuais têm como intuito dar efetiva solução aos conflitos dos jurisdicionados e podem ser considerados como expressão da concepção cooperativa do processo, uma vez que possibilitam a participação das partes na construção do procedimento.

Um dos grandes benefícios advindos dos acordos processuais é a redução dos custos transacionais da disputa, tais como as despesas com o processo em si e os gastos com produção de prova. As partes podem, por exemplo, decidir por suprimir determinados meios

¹⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 153.

¹⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 240.

¹⁵⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2014. p.78-79.

¹⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 151.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 151-152.

de prova que teriam custo significativo ou ainda determinar um perito que tenha valor remuneratório inferior. Além disso, podem acelerar o procedimento, estabelecendo calendário processual ou suprimindo fases do processo. Quando os integrantes da disputa cooperam entre si, trabalhando em conjunto na busca de uma solução que satisfaça em maior grau a todos, o processo se dá sem dilações, ou com menores dilações e, conseqüentemente, com menores custos.

As convenções processuais se prestam a atribuir às partes o poder de regular – respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico e certas situações jurídicas processuais¹⁵⁸ – e buscam obter maior eficiência processual, à medida que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso. A possibilidade de realização de negócios processuais mostra uma preocupação com a efetiva resolução do conflito, com vistas a redimensionar o papel do Poder Judiciário e democratizar o processo, mitigando o formalismo em prol do prestígio da autonomia da vontade das partes.¹⁵⁹ Deve-se considerar que cada conflito tem suas particularidades, de modo que a aplicação de um único procedimento pode vir a prejudicar sua eficiência. A constituição de avenças processuais muitas vezes torna mais célere a resolução do litígio e reduz a carga de trabalho do juiz, fazendo, com isso, que sejam atendidos não apenas os interesses das partes, mas também o interesse público na administração eficiente da justiça.¹⁶⁰

O novo modelo de processo civil, dado através dos influxos da Constituição Federal, busca um processo mais policentrista, em que o protagonismo dos litigantes influencia de forma direta o andamento do processo.¹⁶¹ Para tanto, a legislação processual civil atual oferece uma diversidade de ferramentas, como a mediação, a conciliação e as convenções processuais. Pensar o processo sem a rigidez dos procedimentos contribui para que se encontrem soluções mais adequadas ao caso concreto. Os acordos processuais, nesse sentido, representam uma forma de efetivar a consensualidade e postura cooperativa no processo.

¹⁵⁸ DIDER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 279, p. 41-66, maio. 2018.

¹⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: **Congresso Peru-Brasil De Direito Processual**, Lima, 2014. Disponível em: www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em: 28 jul. 2016. p. 21

¹⁶⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

¹⁶¹ MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 273, p. 69-93, nov. 2017.

O artigo 6º do Código de Processo Civil prevê a cooperação como norma fundamental, dispondo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Tal cooperação implica uma postura colaborativa e corresponsável de todos os sujeitos processuais, formando verdadeira comunidade de trabalho, na qual o processo deve se desenvolver com ampla participação e diálogo isonômico.¹⁶²

A colaboração visa a superar a ideia de um processo bipolar, ou seja, aquele que se desenvolve sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a decisão venha a pender, necessariamente, para uma ou para a outra. Os acordos processuais trazem em si uma nova e interessante perspectiva sobre a resolução de disputas: embora as partes não concordem com qual deve ser a solução para aquele conflito, elas podem chegar a um acordo sobre a melhor forma de resolvê-lo.¹⁶³

O princípio do devido processo legal deve garantir um ambiente processual em que o direito fundamental de se autorregurar possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas, ou seja, tornar o processo um espaço para o exercício da liberdade.¹⁶⁴ Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido.¹⁶⁵

Os novos espaços conferidos à autonomia da vontade das partes no Código de Processo Civil de 2015 fazem surgir uma autêntica plataforma processual para a construção de procedimentos diferenciados. No Código, permite-se às partes a atuação como protagonistas ao lado do juiz em um maior número de atos processuais e em diferentes fases do processo, como na eleição de foro (art. 63), na delimitação das questões de fato e de direito na petição inicial (art. 319), na escolha consensual do perito (art. 471), no saneamento do processo ao delimitar as questões de direito para julgamento (art. 357), no adiamento da audiência de instrução (art. 362, I), na negociação de um calendário processual (art. 191), em modificações do procedimento para ajustar às especificidades da causa ou, ainda, estabelecer

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 174-175.

¹⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

¹⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUERIA, Pedro Henrique. (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 22.

¹⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 19.

um regramento privado de situações processuais a respeito dos seus ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo (art. 190).¹⁶⁶

A cláusula geral de convencionalidade, prevista pelo artigo 190 do Código de Processo Civil prevê exatamente que o procedimento pode ser conformado por obra cooperativa e conjunta da vontade das partes.

Por fim, sublinha-se que as convenções processuais podem ser classificadas como prévias ou incidentais, levando em conta o momento em que são firmadas. As convenções processuais prévias são aquelas firmadas antes da instauração do processo. Muitas vezes, antes até de surgir um conflito entre os convenientes. Além de prever regramento para o direito material, no mesmo instrumento, delibera-se sobre o processo a ser instaurado em caso de conflito.¹⁶⁷ Tatiana Simões Santos dispõe que as convenções prévias tendem a ser mais utilizadas na prática, uma vez que antes do processo os ânimos ainda não estão acirrados e as partes estão despidas de beligerância e animosidades.¹⁶⁸ De outro giro, os acordos incidentais são aqueles firmados no curso de um processo jurisdicional já instaurado.

Ainda, as convenções processuais podem ser classificadas como típicas ou atípicas, levando em conta a existência de previsão legal acerca da avença em questão. As convenções típicas são aquelas disciplinadas de forma expressa pelo legislador, prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e requisitos de validade e eficácia. Em contrapartida, as convenções atípicas são aquelas praticadas com fundamento na autonomia, ainda que não exista modelo expressamente previsto em instrumento legal.¹⁶⁹

3.1.1 Conceito

A definição exata de convenção processual ainda é controversa na doutrina brasileira.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida entende que “os contratos processuais são manifestações de vontade plurissubjetivas concorrentes dos contratantes, os quais dispõem de seus direitos processuais ou flexibilizam o procedimento”.¹⁷⁰

¹⁶⁶ MULLER, João Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 83.

¹⁶⁸ SANTOS, Tatiana Simões dos. **O processo Civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia provada em matéria processual**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 93.

¹⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 94.

¹⁷⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 106.

Leonardo Greco define as convenções como “atos de disposição das partes que subtraem questões processuais da apreciação judicial ou que condicionam o conteúdo de decisões posteriores”.¹⁷¹

Fredie Didier Júnior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira entendem que negócio processual é “o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.¹⁷²

A diversidade de definições se dá, em especial, pelo grande número de critérios utilizados, como a sede em que celebrado o negócio, os sujeitos que convencionam, os efeitos ou objetos do acordo, entre outros.¹⁷³

Quanto ao critério do *locus* em que celebrada está a ideia de que as convenções seriam caracterizadas como processuais quando celebradas dentro do processo. Dessa forma, qualquer acordo firmado extraprocessualmente pertenceria ao direito material, mesmo que tivesse por objeto e disciplinasse situações jurídicas processuais.¹⁷⁴ Nesse sentido, Pedro Nogueira entende que o negócio só é processual quando surgir um procedimento, de modo que a processualidade fica condicionada ao surgimento – anterior, concomitantemente ou posterior – do procedimento a que se refere o fato. Dessa forma, v. g, o pacto que tem por objeto a eleição de foro só seria adjetivado de processual quando a demanda judicial fosse proposta. Antes disso, não haveria que se falar em convenção processual.¹⁷⁵ A tese de que o acordo processual é sempre ato do processo vem sendo rechaçada na doutrina.¹⁷⁶ Pode haver acordo processual praticado dentro e fora do processo, não parecendo o melhor critério para definição o do local em que praticado o ato.¹⁷⁷

Outro viés para identificação do acordo como processual é o que leva em conta o critério subjetivo. Nesse sentido, seria processual o acordo firmado pelos sujeitos do

¹⁷¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out. 2007. p. 8.

¹⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

¹⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 63.

¹⁷⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 106-107.

¹⁷⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: uma análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 52.

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 321, nota 1616 apud CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65.

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65.

processo.¹⁷⁸ Essa concepção também não parece a mais adequada. Se é possível celebrar acordos processuais fora do processo, até mesmo antes do surgimento do conflito, o critério subjetivo não serve para identificar o acordo como processual, uma vez que, naquele momento, não se sabe quem seriam os sujeitos do processo, que não somente não existe, mas pode nunca vir a existir. De tal sorte, não é a identificação do sujeito que pratica o acordo que define a natureza processual.¹⁷⁹

O critério que se parece mais acertado para a definição do acordo como processual ou não é o que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir. Relevante, então, seria a aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo,¹⁸⁰ ou sua referibilidade a um processo,¹⁸¹ atual ou potencial.¹⁸²

À luz dos critérios trazidos pela doutrina, dentre estes, o *locus* em que celebrada a convenção processual (dentro ou fora do processo), critérios subjetivos (acordo como ato praticado pelos sujeitos do processo), e critérios dos efeitos das convenções, Antonio do Passo Cabral apresenta conceito mais claro e completo ao dispor que a convenção processual se trata de um negócio processual plurilateral orientado para a produção de um efeito comum ou convergente para todas as partes. Ainda, que a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou a alteração do procedimento, devem ser decorrentes diretamente da vontade dos convenientes, sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito. Assim, conclui que “convenção processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo, e sem a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determina a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.¹⁸³

Metodologicamente, é importante frisar que ao longo do trabalho as expressões convenções processuais, acordos processuais, pactos processuais, avenças processuais e

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 484-458.

¹⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 66.

¹⁸⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 29.

¹⁸¹ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre (Org.) **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 579.

¹⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 66.

¹⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 74.

contratos processuais serão utilizadas como sinônimas.¹⁸⁴ Contrariamente, o termo negócio jurídico processual não será utilizado como sinônimo das expressões anteriormente citadas. É que negócio jurídico processual é gênero, o qual abarca duas distintas espécies: os negócios jurídicos unilaterais, que são aqueles praticados por apenas um sujeito e continentais de apenas uma declaração de vontade (como a desistência do recurso), e as convenções processuais, objeto da presente dissertação, que são praticadas por dois ou mais sujeitos e continentais de duas ou mais vontades.

3.1.2 Natureza jurídica

Para delimitar a natureza das avenças processuais cabe, primeiramente, posicioná-las na teoria dos fatos jurídicos.

De início, dispõe-se que os fatos naturais são aqueles sobre os quais não incidem normas jurídicas, enquanto os fatos jurídicos assumem tal condição exatamente em função da incidência normativa. Ocorrendo o fato concreto que se submete à hipótese de incidência da norma, caracteriza-se o fato jurídico.¹⁸⁵

Entre os fatos jurídicos, tem-se os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos em sentido amplo. Os primeiros são fatos involuntários, não praticados pelo homem. Os segundos são os atos humanos voluntários. Dentre os atos jurídicos, encontram-se o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico. A diferença entre estes reside no fato de que nos atos jurídicos em sentido estrito os efeitos são previstos em lei, ou seja, mesmo que pretendidos pelo agente, não são fruto de escolhas voluntárias de quem os pratica. Já os negócios jurídicos são expressão da autonomia da vontade, no sentido de que o agente não só pode escolher o tipo de ato a ser praticado, mas também o seu conteúdo eficaz. Na clássica definição de Miguel Reale, negócio jurídico é a espécie de ato jurídico que se origina de um ato de vontade.¹⁸⁶ Assim, o negócio jurídico expressa o princípio da autonomia privada nas relações negociais¹⁸⁷ e visa à aquisição, conservação, modificação ou extinção de direitos,¹⁸⁸

¹⁸⁴ Sobre a distinção das expressões pacto, acordo, convenção e negócio, vide a obra de Antonio do Passo Cabral. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 55-62. Resumidamente, contrato é utilizado na literatura clássica quando a vontade dos sujeitos diz respeito a interesses materiais contrapostos ou divergentes; enquanto nas convenções, acordos, pactos ou avenças, as vontades se unem para um interesse comum ou convergente.

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. iv, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 3 ss.

¹⁸⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 206-207.

¹⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e Enunciados das Jornadas do CJF**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 153.

sempre devendo ser interpretado de acordo com a boa fé, tendo como requisitos principais o de existência e o de validade.

Quanto aos requisitos de existência, devem concorrer: a declaração de vontade das partes; a finalidade negocial (intenção de adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos) e a idoneidade do objeto. Para que seja válido, o negócio jurídico deve observar: a capacidade dos agentes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁸⁹

O conceito de negócio jurídico não pertence apenas ao direito civil. O autorregramento da vontade também se faz presente no direito processual. Dessa forma, os negócios processuais são aqueles que produzem efeitos processuais.¹⁹⁰ Mais especificamente, são atos processuais, de caráter negocial, que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual.¹⁹¹

Nos negócios jurídicos processuais a vontade é relevante tanto no momento de escolher praticar ou não o ato processual como na definição de seus efeitos.¹⁹²

Os negócios jurídicos podem ser praticados por um só sujeito e conter uma só declaração de vontade, ou seja, unilaterais, ou podem ser praticados por dois ou mais sujeitos, com duas ou mais vontades que se encontram para produção de determinados efeitos, ou seja, plurilaterais.¹⁹³

As convenções processuais, objeto de pesquisa do presente trabalho, inserem-se no gênero dos negócios jurídicos processuais plurilaterais, ou seja, são formadas por duas ou mais vontades, de dois ou mais sujeitos.¹⁹⁴

Dessa forma, as convenções processuais devem observar o regime de invalidades que rege os negócios jurídicos em geral.¹⁹⁵ Prevê o artigo 166 do Código Civil hipóteses que, se configuradas, conduzem à nulidade do negócio jurídico, a saber: a incapacidade das partes; se o objeto for considerado ilícito, impossível, ou indeterminado; se o motivo dominante, comum a ambas as partes, for ilícito; se não revestir a forma prescrita em lei; se for preterida

¹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. v. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320-324.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 346-362.

¹⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 158.

¹⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 193.

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 53.

¹⁹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.

¹⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 55.

¹⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 76-77.

alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; se tiver por objetivo fraudar a lei; ou se a lei taxativamente considerá-lo nulo, ou proibir-lhe a prática.

Os negócios jurídicos processuais, embora regidos pela liberdade das partes, não perdem seu teor de ato processual, portanto, também regulados pela lei processual, quanto à forma, à capacidade e o que mais lhe dizer respeito,¹⁹⁶ incluindo o regime de invalidades. Dessa forma, não deve se declarar a invalidade do negócio processual se não houver prejuízo decorrente deste, conforme §2º do artigo 282 e parágrafo único do artigo 283, ambos do Código de Processo Civil.

Como exposto, há uma correção entre normas materiais e processuais que se combinam na normatização dos negócios jurídicos processuais.¹⁹⁷

Conclui-se que o negócio processual é um fato jurídico voluntário, e se presta a atribuir às partes o poder de regular, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.¹⁹⁸ Assim, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual, o que vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.¹⁹⁹

3.2 REGIME JURÍDICO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Durante o século XX, a doutrina brasileira se manteve praticamente silente em relação às convenções processuais.²⁰⁰ Pontes de Miranda chegou a reconhecer figuras com caráter negocial no processo – como a desistência da ação e dos recursos, bem como o *pactum de non petendo*²⁰¹ –, mas negava a figura dos negócios, trabalhando quase que exclusivamente com atos processuais em sentido estrito. Em que pese fosse cultor da literatura germânica, omitiu-se em comentar a vasta produção alemã a respeito das convenções processuais.²⁰²

Dinamarco, por sua vez, posicionou-se expressamente contra a existência dos negócios processuais. Para ele, o caráter público do processo impedia que os atos das partes

¹⁹⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2002. p. 181-185.

¹⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

¹⁹⁸ DIDER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 279, p. 41-66, maio. 2018..

¹⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. Tese (Livro docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 240.

²⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 141.

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 5.

²⁰² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 142.

estabelecessem autorregulação, de modo que só haveria efeitos dos atos processuais decorrentes de lei, e, portanto, a vontade dos litigantes nunca seria suficiente para este propósito.²⁰³ Nessa mesma linha, Daniel Mitidiero não admitia a existência dos negócios processuais na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por considerar que o processo não se compatibilizava com o autorregramento da vontade, considerando assim que todos os efeitos decorrentes dos atos das partes eram previamente normatizados. A esfera de liberdade das partes no âmbito do processo ficaria restrita à escolha de praticar ou não o ato processual, sem deliberar sobre a conformação dos efeitos.²⁰⁴ Alexandre Freitas Câmara também compartilhava do entendimento, posicionando-se contra a existência dos negócios jurídicos processuais.²⁰⁵ Em síntese, as posições contrárias aos negócios processuais baseavam-se na ideia de que a vontade não teria relevância na produção de efeitos no processo, uma vez que estes sempre derivariam da lei ou do pronunciamento judicial.

Favoravelmente aos negócios jurídicos processuais, pode-se verificar algumas manifestações na doutrina tradicional. Destaca-se o artigo de José Carlos Barbosa Moreira sobre as convenções processuais, em 1984, intitulado “Convenções das partes sobre matéria processual”.²⁰⁶ Mais recentemente, Luiz Fux manifestou-se no sentido de admitir alguns negócios processuais, ainda que de forma excepcional;²⁰⁷ em sentido similar, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao admitir que a suspensão convencional do processo seria um acordo processual.²⁰⁸

Foi a partir de meados da década passada que se passou a tratar de forma intensa o tema na doutrina brasileira, em clara tendência de admissibilidade dos negócios jurídicos processuais.²⁰⁹ Destaca-se, nesse sentido, a produção de Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fredie Didier Júnior e Leonardo Greco.²¹⁰

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 484.

²⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória jurídica, 2005. p. 15-16.

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 274.

²⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, p. 182-191, out. 1984.

²⁰⁷ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 433.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. v. II. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 192.

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 146.

²¹⁰ Vejam-se: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das convenções processuais no processo civil**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2014; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**.

Essa evolução teórica, inspirada em grande medida pelo influxo do autorregramento da vontade no processo civil europeu,²¹¹ desenvolveu base que impactou a tramitação do Código de Processo Civil de 2015, que veio de forma a consolidar a autocomposição, a incentivar as soluções cooperativas e negociadas no processo, além de manter os acordos processuais já previstos há décadas na legislação processual brasileira (eleição de foro, suspensão convencional do processo, convenção sobre distribuição do ônus da prova, etc.), introduziu uma cláusula geral de convencionalidade processual.

3.2.1 Cláusula geral de convencionalidade

Com o intuito de prestigiar o princípio do autorregramento da vontade das partes, da necessidade da adequação do processo às peculiaridades do caso concreto, assim como estimular a efetiva solução dos conflitos, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever uma cláusula geral de convencionalidade processual. A referida cláusula é prevista pelo *caput* do art. 190, e dela se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo. Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos.

O Código não trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro figura de todo inovadora, uma vez que muito antes até do Código de Processo Civil precedente, já eram celebradas convenções processuais no País. Então, a novidade reside na sistematização das convenções processuais e, principalmente, no estabelecimento de referida cláusula geral, a qual prevê a possibilidade de contratação e constituição dos negócios jurídicos processuais sem que se mostre necessária a previsão expressa do legislador sobre a hipótese em questão.

A celebração dos negócios jurídicos processuais não foi contemplada no rol do artigo 105 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre situações que exigem poderes específicos

Salvador: Juspodivm, 2018; GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**. Primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²¹¹ RETES, Tiago. **Convenções processuais sobre recursos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 28.

para a prática de certos atos, de modo que a procuração geral é suficiente para a sua realização.²¹²

Há, portanto, grande margem de liberdade para a elaboração de negócios processuais a partir da leitura do artigo 190, pois esse não limita, *a priori*, os possíveis efeitos do ajuste, deixando às partes a liberdade para definir os contornos do procedimento.²¹³ É claro que existem limites para que esses negócios sejam considerados válidos, estes são analisados posteriormente. Por ora, basta sublinhar que a liberdade das partes não é irrestrita.

3.2.2 Convenções processuais típicas

São convenções processuais típicas aquelas previstos expressamente pelo legislador.

Barbosa Moreira, em análise do Código de Processo Civil de 1973, sem pretensão de exaustividade, mapeou os seguintes negócios típicos: a eleição de foro (artigo 111); a suspensão do processo (artigos 265, II, e 792); a convenção sobre distribuição do ônus da prova (parágrafo único do artigo 333); o adiamento da audiência por convenção das partes (artigo 453, I); o acordo para escolha do arbitramento como forma de liquidação da sentença (artigo 606, I); a possibilidade de avença para diminuir ou prorrogar prazo dilatatório (artigo 181); a convenção sobre a administração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados (§2º do artigo 677); a convenção sobre indicação de depositário de bens sequestrados (artigo 824, I); a adoção convencional da forma do arrolamento para realizar partilha amigável (artigo 1.031); a convenção sobre alienação de bens em depósito judicial (§3º do artigo 1.113); e o compromisso pelo qual as partes poderiam acordar para submeter o litígio a juízo arbitral (artigo 1072 e seguintes).²¹⁴

Na Código de Processo Civil vigente, destacam-se a eleição de foro (art. 63); a suspensão do processo (art. 313, II); o adiamento da audiência (art. 362, I); redução de prazos

²¹² CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 507.

²¹³ MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 273, p. 69-93, nov. 2017.

²¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, p. 182-191, out. 1984.

(art. 222, §1º); a escolha do perito (art. 471); a delimitação das questões de fato e de direito na causa para as atividades de instrução e julgamento (art. 357, §2º); a escolha do mediador ou conciliador (art. 168); a distribuição do ônus da prova (art. 373, §3º) e o calendário processual (art. 191).

Das convenções processuais tipificadas pelo Código de Processo Civil de 2015, pode-se citar a convenção acerca do ônus probatório, prevista pelo §3º do artigo 373. A autorização legal já era expressa no Código precedente, no parágrafo único do artigo 333, de forma que o novo Código apenas manteve o entendimento.

Trata-se de hipótese em que as partes acordam em distribuir o ônus da prova de modo diferente daquele preconizado pela regra geral, inclusive no que diz respeito às hipóteses fáticas mais específicas, antes mesmo de saber qual dos sujeitos da convenção será parte autora ou ré na demanda se eventualmente proposta.²¹⁵ Dessa forma, a convenção sobre o ônus da prova nada mais é do que hipótese de dinamização do ônus da prova estabelecida de comum acordo pelas partes.²¹⁶

No tocante às consequências processuais da convenção sobre a modificação do ônus da prova verificam-se a alteração da atuação probatória das partes (viés subjetivo do ônus da prova) e a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir da prova que lhe cabia produzir (viés objetivo). Nessa linha, se pactuado na convenção que ao réu incumbe, por exemplo, comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, sua desincumbência poderia ensejar a procedência da demanda, visto que, por tratar-se de ônus imperfeito, a consequência do não cumprimento do ônus não ensejaria necessariamente consequência negativa.

Diferentemente do que se pode observar na convenção acerca do ônus de provar, a convenção que possibilita o calendário processual é figura inovadora no direito brasileiro. Tal convenção foi prevista pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 191. A previsão estabelece mecanismo importante de adaptação e aceleração procedimental, uma vez que permite que os prazos sejam fixados de maneira mais adequada, considerando as particularidades do caso concreto, e de forma mais fácil, sem a necessidade de sucessivas intimações. Na convenção que estabelece o calendário processual, as partes manifestam vontade com vistas a definir os momentos para a prática dos atos processuais. Dispensa as intimações uma vez que as datas são definidas previamente, conferindo maior rendimento e

²¹⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC**. Do estático ao dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p 155.

²¹⁶ Ibid., p 155 - 156.

eficiência ao processo.²¹⁷ O calendário ainda permite às partes conhecer a possível duração do processo.²¹⁸ A convenção que versar sobre calendarização processual deve ser apresentada ao juiz para deferimento ou indeferimento. Cabe frisar que não se trata de negócio jurídico que coloca o juiz como parte do acordo, mas simplesmente que o ato consensual das partes deve ser apresentado ao juiz para que decida a respeito de sua admissibilidade.²¹⁹

Outro exemplo de convenção processual típica é a cláusula que prevê foro de eleição. Essa é uma das convenções com aplicação mais rotineira e usual. Trata-se de instrumento escrito por meio do qual as partes elegem determinado foro para julgar quaisquer ações fundadas no contrato. Cuida-se de acordo que objetiva prorrogação/modificação da competência relativa. Dessa forma, as partes estão autorizadas a dispor, de alguma forma e em certa medida, da garantia constitucional do juiz natural.²²⁰ Tal convenção é prevista pelo artigo 63 do Código de Processo Civil de 2015.

3.3 LIMITES PARA A CELEBRAÇÃO

Conquanto a doutrina se esforce para estabelecer e definir os limites que devem ser observados para a celebração das convenções processuais, não se logrou ainda unanimidade na fixação de tais critérios. Barbosa Moreira dispôs, há mais de trinta anos, sobre a dificuldade de se estabelecer limites ao processo convencional.²²¹

Os limites propostos a seguir podem ser classificados em gerais e específicos, conforme leciona Antonio do Passo Cabral. Os gerais devem ser respeitados em qualquer acordo processual, enquanto os específicos dizem respeito apenas a determinadas convenções.²²²

Dentre os limites gerais, o primeiro a ser analisado explicita hipóteses em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual. Em tais situações, a vontade

²¹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 295.

²¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário processual: negócio típico previsto no artigo 191 do CPC. *In*: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIOANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 302.

²¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 255.

²²⁰ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 298.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In* **Temas de Direito Processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91.

²²² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 360-390.

das partes não pode derogar a norma legal.²²³ Assim, seria inválida, por exemplo, a convenção firmada no intuito de criar recurso não previsto em lei.²²⁴ Também não seria possível ampliar o rol de decisões interlocutórias agraváveis, ou firmar que alguma das decisões previstas no rol do artigo 1015 do Código de Processo Civil seria atacável através de interposição de apelação.²²⁵

O segundo limite é a necessidade de observância da boa-fé e da cooperação. Nesse sentido, faz-se necessária a prestação adequada de informações, com clareza e precisão, a fim de que se torne claramente cognoscível o conteúdo do acordo.²²⁶ De tal forma, acordos celebrados com dolo, coação física/moral ou simulação, pela patente violação à boa-fé e à cooperação, devem ser passíveis de anulação.²²⁷

O terceiro limite pressupõe a análise da isonomia entre os convenentes.²²⁸ Nos casos em que há desigualdade entre os contratantes, pode ser que a parte mais fraca seja oprimida pelo poder do mais forte, emitindo assim uma vontade viciada.²²⁹ Sem igualdade, não há condições para o exercício da liberdade.²³⁰ O próprio artigo 190 do Código de Processo Civil estabelece, em seu parágrafo único, a proteção da parte vulnerável, que pode ser entendida em diversos contextos – social, cultural, econômica, técnica, jurídica, tecnológica, etc.²³¹

Importante frisar que não se busca, com a análise de possível vulnerabilidade entre as partes, que todos os acordos processuais sejam firmados com precisa simetria de condições dos convenentes; e que determinadas variáveis – como conhecimento técnico, informação, necessidade de urgência em constituir determinado acordo, habilidades negociais, experiência, etc. – nem sempre levam a uma desigualdade apta a invalidar o acordo.²³² Além do mais, isonomia é um conceito relacional, o que significa dizer que sempre exige uma comparação casuística.²³³

²²³ DI SPIRITO, Marcos Paulo Denucci. Controle de formação e controle do conteúdo do negócio jurídico processual. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 63, p. 125 - 193, jul. 2015. p. 5.

²²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 275, p. 139-228, jan. 2018.

²²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 361.

²²⁶ Ibid., p. 165.

²²⁷ Ibid., p. 364.

²²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 70.

²²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 365.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303.

²³¹ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²³² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 367.

²³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40-45.

Também cabe ressaltar que é plenamente concebível que uma parte disponha de situações processuais de maneira mais intensa que a outra no momento da configuração da convenção. As concessões recíprocas, próprias de qualquer contrato, não são sempre totalmente idênticas ou de mesma extensão. Portanto, embora alguma proporcionalidade entre ganhos e perdas deva ser garantida, é possível que apenas um dos sujeitos renuncie a situações jurídicas de vantagem. Tal assimetria, por si só, não leva a invalidade da convenção. O ponto é que as partes não podem se encontrar em situação de tamanho desequilíbrio que resulte distorções em suas manifestações de vontade, a ponto de poder se afirmar que não foram livres e esclarecidas.²³⁴

Por fim, a presença de vulnerabilidade por uma das partes contratantes não leva a uma imediata invalidação da convenção. Mesmo diante de vícios relacionados à falta de igualdade, capacidade ou informação adequada, deve-se analisar a situação em concreto para que se possa examinar o resultado obtido em função da pactuação. Nesse sentido, se o resultado beneficiou o sujeito considerado vulnerável, a convenção pode ser considerada válida, mesmo presente a desigualdade entre os convenentes.²³⁵ De outro giro, se a consequência prejudicou o vulnerável, a convenção deve ser considerada inválida.²³⁶

O quarto limitador consiste na vedação de transferência de externalidades. Uma vez que a litigância impõe custos, não é possível que, através de convenção processual, as partes transfiram para outrem o peso financeiro ou prejuízos em termos de recursos humanos que teriam ordinariamente. É claro que não poderão as partes transferir para o Poder Judiciário os impactos econômicos da litigância. Por exemplo, as prorrogações de competência convencional de um juízo a outro não aumentam o trabalho do Judiciário como um todo, se considerado o ordenamento interno. Seria diferente um acordo sobre competência internacional. Nesses casos, haveria incremento de trabalho, custos e tempo para o Estado que assume a competência. Também não seria possível convenção que estipulasse horários de audiência antes ou depois do período de funcionamento ordinário do fórum, o que ocasionaria custos de segurança, limpeza, energia elétrica, etc. Nada impede que as partes forneçam ao Judiciário os meios materiais para o cumprimento dos acordos. Tal repasse eliminaria o custo extra, e assim, poderia se considerar possível a admissibilidade da convenção.²³⁷

Um dos limites mais complicados no que tange às convenções processuais é o que prevê a impossibilidade do pacto implicar disposição de garantias constitucionais. Para Daniel

²³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 368.

²³⁵ *Ibid.*, p. 374-375.

²³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 16-17.

²³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 376-377.

Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, as convenções processuais não podem ter como objeto a renúncia de direitos fundamentais.²³⁸ Considerando que esse limite é frequentemente trazido pela doutrina, que apresenta grande preocupação com as situações em que direitos fundamentais processuais estão em iminência de serem renunciados, faz-se mister analisar, primeiramente, a possibilidade ou não de renúncia a direito fundamental.

A renúncia a direito fundamental se trata de uma situação em que o titular, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental, por determinado espaço de tempo, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo.²³⁹ Ainda, a renúncia pode ser considerada uma forma de exercício do direito fundamental, se considerado que a realização de um direito fundamental inclui a possibilidade de se dispor dele, ou ainda, limitá-lo, de forma a perseguir a realização de interesses próprios.²⁴⁰ Ademais, a renúncia pode ser entendida como uma restrição autônoma, forma de exercício do direito fundamental em conjunto com o direito de liberdade.²⁴¹

Na renúncia, o indivíduo renunciante se vincula juridicamente a não invocar um de seus direitos fundamentais, ao comprometer-se a não exercer, temporária ou pontualmente, alguma das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito.²⁴² Contudo, é imperioso verificar em que medida o exercício da autonomia pode avançar sobre outras garantias constitucionais.²⁴³

A renúncia deve ter prazo determinado ou determinável, visto que uma renúncia prevendo que as posições jurídicas garantidas pelo direito fundamental serão indefinidamente não exercidas acaba por extinguir as garantias do próprio direito. Se um direito fundamental é renunciado sem prazo certo, o direito deixa de existir, ou deixa de existir até que se fixe o prazo.²⁴⁴ Não se busca, com a renúncia, que seja possível se abdicar ao direito em si e de toda possibilidade futura de exercitá-lo, mas somente a possibilidade de renunciar, por declaração de vontade, em dada situação, determinada pretensão, faculdade ou poder que integra determinado direito fundamental.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 244.

²³⁹ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58.

²⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 287.

²⁴¹ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 49.

²⁴² NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 273.

²⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 380.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 116.

Uma vez que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, nunca poderão ser integralmente renunciados. O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, independentemente das razões e dos benefícios oferecidos, constitui óbice intransponível à renúncia. Se permitida a renúncia total, restariam aniquiladas as funções (de defesa ou de prestação) do direito fundamental.²⁴⁵

Os titulares dos direitos fundamentais só podem abdicar de pontuais manifestações normativas dos direitos fundamentais, mas não renunciar a ele em seu conjunto.²⁴⁶ De tal forma, é possível se renunciar a um determinado direito em dada situação, mas não se renunciar ao direito fundamental como um todo, para todas as relações indiscriminadamente.

Uma das bases da renúncia é a igualdade. Nesse sentido, sempre que um indivíduo renuncia a um direito fundamental busca a obtenção de algum benefício ou melhora em sua condição, e, à vista disso, a ausência de um benefício direto advindo da renúncia importará na violação do direito fundamental.²⁴⁷ Para que a renúncia seja considerada válida, o benefício deve, ainda, ser considerado proporcional e legítimo.²⁴⁸

Toda a renúncia a direito fundamental está sujeita a limites. Caso contrário, estaria se colocando em risco a garantia de existência e eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a garantia ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais configura limite absoluto. Robert Alexy o define como “restrição das restrições”.²⁴⁹ O conteúdo mínimo deve ser entendido como última barreira, só sendo aceita a renúncia até o ponto em que ela não desfigure o direito fundamental, isto é, até onde este não seja aniquilado ou extinto e se torne absolutamente ineficaz para seu titular.²⁵⁰ O meio de controle da observância da garantia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental é a proibição do excesso,²⁵¹ e esta visa coibir uma restrição tão excessiva que faça com que o direito fundamental não apresente mais eficácia alguma.²⁵²

Através de todo o exposto, conclui-se que os direitos fundamentais processuais, assim como qualquer outro direito fundamental, podem ser renunciados. Dessa forma, a simples alegação de que seria inválida uma convenção processual pela possível renúncia à

²⁴⁵ Ibid., p. 119.

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. v. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 261.

²⁴⁷ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 120.

²⁴⁸ Ibid., p. 119.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295-301.

²⁵⁰ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 132.

²⁵¹ Ibid., p. 183.

²⁵² Ibid., p. 104.

determinadas pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental não deve ser óbice para que a avença seja constituída. Ora, se fosse assim, qualquer negócio jurídico processual que envolvesse a não produção de determinada espécie de prova poderia ser entendido como inválido por violar o direito fundamental à prova; qualquer convenção processual acerca da redução de prazos poderia ser tida como inválida por violar a duração razoável do processo.

Partindo da premissa de que determinadas pretensões garantidas pelos direitos fundamentais processuais podem ser renunciadas através da constituição de avenças processuais, Antonio do Passo Cabral propõe um método de três etapas para controlar a validade da convenção nesses casos, tendo como chave a análise do âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais envolvidos na convenção.²⁵³

A primeira etapa consiste na verificação de quais são as garantias processuais afetadas na convenção. Exemplifica-se: na convenção de arbitragem, no *pactum de non petendo*, e no *pactum de non exquendo*, a principal garantia processual afetada é o acesso à justiça; nas convenções que simplificam as formalidades processuais, o devido processo legal; nos acordos de competência e jurisdição (eleição de foro, transferência internacional de processo), o juiz natural; nas cláusulas *solve et repete*, o contraditório e a ampla defesa; nos acordos para suspender o processo, modificar prazos ou adiar audiências, a duração razoável do processo.

Nem sempre é fácil a identificação das garantias processuais potencialmente afetadas na convenção. Tal dificuldade decorre do amplo suporte fático dos direitos fundamentais, que se estruturam de forma a envolver o maior número possível de situações jurídicas dignas de proteção,²⁵⁴ além da dificuldade analítica da doutrina processual precisar o conceito do devido processo legal e do processo justo, o que pode levar a tentativa de invalidação de toda e qualquer convenção processual por violar “o devido processo legal”.

A segunda etapa consiste em atentar aos parâmetros impostos pelo legislador no parágrafo único do artigo 190, além dos limites específicos, no caso das convenções processuais típicas. Ainda, deve haver diálogo entre os negócios processuais típicos e os atípicos, o que significa dizer que o raciocínio tipológico pode ser útil no controle das convenções atípicas.²⁵⁵

A terceira e última etapa trata da proteção do núcleo essencial dos direitos processuais, que traduz o parâmetro das garantias mínimas. Identificada a garantia processual possivelmente afetada, deve-se analisar qual a margem de disponibilidade da pretensão

²⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 380-390.

²⁵⁴ Ibid., p. 381.

²⁵⁵ Ibid., p. 384.

garantida pelo direito fundamental envolvido. A convenção não pode atingir o âmbito de proteção intangível, ou seja, o núcleo essencial do direito.²⁵⁶

O parâmetro das garantias mínimas justifica, por exemplo, a invalidade dos acordos probatórios que acarretam *probatio diabólica*.²⁵⁷ Isso significa dizer que a convenção que distribui de forma diversa o ônus da prova não será válida se tornar impossível ou extremamente difícil o exercício do direito da parte onerada através da convenção. Referido negócio processual é tipificado pelo ordenamento jurídico, mas o Código de Processo Civil não afixa parâmetros objetivos para identificação de casos em que se configura impossibilidade ou dificuldade. O legislador confere ao juiz, destinatário da prova, a interpretação do caso em concreto para determinar se há ou não a impossibilidade ou extrema dificuldade em provar. Tal impossibilidade ou extrema dificuldade em provar é exatamente o que configura a prova diabólica, consequência jurídica certa nesse caso é a invalidade do negócio jurídico processual.

O dispêndio de tempo razoável, o necessário investimento financeiro e a localização de um profissional habilitado, por exemplo, são consideradas de dificuldade razoável, podendo ser superadas pela parte que foi onerada pela produção de prova, assim não comprometem a convenção acerca do ônus probatório.²⁵⁸ Será configurada a excessiva dificuldade na produção de provas quando se tornar impossível sua produção ou se exigir um dispêndio incompatível, proporcionalmente, ao bem objeto de litígio. A título exemplificativo: exigir de uma parte envolvida em um litígio com valor da causa de reduzido montante financeiro a produção de prova pericial sem que, em lugar próximo, exista profissional habilitado. Nesse caso, a parte investiria montante superior ao valor do bem, de forma a violar o princípio da ampla defesa, visto que seria mais conveniente, inclusive, reconhecer o direito da outra parte.²⁵⁹

Também deve ser considerada inválida a convenção que tem por objeto a renúncia a determinado procedimento quando nenhum outro for viável para a tutela do direito material. É o caso, por exemplo, de renúncia à tutela coletiva em causas referentes a direitos individuais homogêneos de pequeno valor. Recentemente, no estrangeiro, têm sido inseridos, em contratos consumeristas, acordos que estipulam a renúncia do consumidor a qualquer

²⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Cidade, v. 1, n. 4, p. 23-51, out. 2006. p. 25 ss.

²⁵⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre (Org.) **Novas tendências do processo civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

²⁵⁸ MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR. Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 399-423, fev. 2015.

²⁵⁹ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**. Primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 292.

benefício que lhe poderia advir de uma ação coletiva a respeito daquela matéria. Referida convenção, em casos de lesão de pequena monta, significa renúncia total ao acesso à justiça, uma vez que a tutela individual, nesses casos, seria inconveniente, em função do custo do processo em relação ao benefício que poderia dele advir. O resultado seria uma flagrante violação do núcleo duro do direito fundamental de acesso à justiça.²⁶⁰

Caso, por exemplo, de eventual convenção que tenha por objeto estabelecer a impossibilidade de interposição de recurso pelas partes poderia ser considerada inválida por entender-se que o negócio jurídico processual viola o direito fundamental do duplo grau de jurisdição? Primeiramente, no entendimento de Nelson Nery Júnior, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição como absoluta só existiria no âmbito do processo penal, mas não no do processo trabalhista ou civil.²⁶¹ Caso se reconheça o direito fundamental do duplo grau de jurisdição no âmbito processual civil, ainda a convenção pode ser considerada constitucional e válida. Ora, se o direito de recorrer pode ser renunciado pelas partes e se as partes podem desistir de seus recursos já interpostos, independentemente de autorização judicial ou da anuência da parte contrária, não há razão para sustentar a impossibilidade de as partes convencionarem quanto a não interposição de recurso.²⁶² Julia Lipiani e Marília Siqueira sustentam que, embora as partes não possam negociar sobre o cabimento dos recursos, podem elas acordar sobre a supressão do acesso à segunda instância.²⁶³

O artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê limites que devem ser observados em qualquer convenção processual. Essas exigências devem se somar aos outros limites impostos pelo legislador nas situações em que prevê convenções típicas. Os limites atinentes a determinadas espécies de convenção processual, previstas pelo próprio ordenamento jurídico, tratam de limites específicos. Nos casos em que não há previsão legal expressa, ou seja, nos casos de negócios jurídicos processuais atípicos, a análise pode se tornar mais difícil. Nesses casos, deverá o juiz, no controle de validade, utilizar analogia – analisar os limites específicos impostos para os negócios processuais típicos – e, em outras hipóteses, recorrer aos princípios processuais.²⁶⁴

²⁶⁰ DAVIS, Kevin; HERSHFOFF, Helen. Contracting for procedure. *William and Mary Law review*. v. 63. 2011. p. 530 apud CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 389-390.

²⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 288.

²⁶² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 434.

²⁶³ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). **Negócios processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 476.

²⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 379.

Da análise da legislação, percebe-se que o legislador discorreu acerca de limites no próprio artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Da leitura do dispositivo, tem-se como limites que devem ser observados no momento da constituição do negócio jurídico processual (i) o direito objeto do processo deve admitir autocomposição; (ii) os convenientes precisam ser partes capazes; (iii) o negócio não pode ser nulo; (iv) não pode a convenção ser firmada de forma abusiva em contrato de adesão; e (v) não pode a convenção ser constituída quando alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O primeiro limite é objeto de análise do próximo capítulo.

Quanto ao segundo, trata-se de requisito subjetivo. Quando se fala em partes, entende-se que o dispositivo se refere às partes da convenção processual, e não do processo, em função da possibilidade de constituição de convenções pré-processuais. A capacidade é requisito regulado tanto pelo direito material como pelo direito processual. No direito material, fala-se em capacidade para designar a aptidão genérica para adquirir direitos; e em capacidade de ação ou de fato para a possibilidade de exercer direitos autonomamente. No direito processual, utilizam-se os mesmos conceitos, embora com outra nomenclatura. Entende-se que no momento da constituição da avença processual devem ser observados os requisitos combinados da capacidade, os provenientes do direito civil e do direito processual civil. No processo, encontram-se a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória.²⁶⁵

A capacidade de ser parte é a aptidão genérica para ser sujeito de direitos processuais. Assim, é elemento essencial do negócio jurídico, vez que sua falta é indiciária de defeito na manifestação de vontade. A capacidade de estar em juízo é a possibilidade de exercício autônomo de situações processuais ativa. Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes podem celebrar convenções processuais, desde que representados ou assistidos. Quanto à capacidade postulatória, trata-se da aptidão genérica de dirigir requerimentos ao Estado-juiz. Essa última é a única das modalidades de capacidade processual não exigida para a celebração de convenções processuais. Embora não seja imprescindível a presença de advogado no momento da constituição das avenças, é altamente recomendável em função de a convenção tratar sobre aspectos técnicos e de geral desconhecimento dos não operadores do direito.²⁶⁶ A ausência da capacidade, nos termos explicados, limita a constituição dos negócios processuais. A capacidade deve ser analisada no momento da prática do ato, ou seja,

²⁶⁵ Ibid., p. 312-313.

²⁶⁶ Ibid., p. 313-318.

no momento da celebração da avença. A incapacidade superveniente não interfere na validade da convenção.²⁶⁷

No que tange ao terceiro limite, entende-se que os limites gerais previamente analisados devem ser objeto de análise por parte do magistrado. Em sendo o caso de desrespeito aos limites apresentados, pode-se considerar a convenção como nula. É o magistrado que deverá analisar, no caso concreto, a presença ou não dos requisitos e a observância dos limites traçados, para negar aplicação à convenção nos casos de nulidade.

Quanto ao quarto limite, frisa-se apenas que as convenções processuais são cabíveis no âmbito dos contratos de adesão. O que deve ser analisado é a possível abusividade da cláusula que constitui a convenção. É óbvio que, em sendo o caso, a convenção deve ser tida como inválida.

Em referência ao quinto limite, já se traçou as observações atinentes à presença de vulnerabilidade no momento da pactuação processual.

No próximo capítulo, são traçados os limites específicos que devem ser observados no âmbito das ações coletivas.

3.4 EFICÁCIA JURÍDICA

Tão logo sejam celebradas, as convenções processuais atingem os efeitos pretendidos pelas partes, conforme dispõem os artigos 158 e 200 do Código de Processo Civil. Portanto, a eficácia das convenções não depende de manifestação, intermediação ou aprovação de nenhum outro sujeito.²⁶⁸

Dessa forma, as convenções processuais não se submetem à exigência de homologação judicial para produzirem seus efeitos.²⁶⁹ Isso significa que produzem efeitos desde a celebração, imediatamente, a constituição, modificação ou extinção de direitos, faculdades ou ônus processuais.²⁷⁰

Coadunar com a subordinação de todas as convenções à homologação judicial corresponderia ao esvaziamento do instituto. A necessidade de sujeição do negócio jurídico processual à homologação do magistrado tornaria falaciosa a pregada igualdade entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz), visto que, nesses casos, estaria o juiz assumindo uma posição de supremacia diante das partes.

²⁶⁷ Ibid., p. 318.

²⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 69.

²⁶⁹ DIDER JÚNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 379.

²⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2010. p. 132 ss.

É claro que as convenções processuais poderão ter, em situações específicas, eficácia condicionada. É o caso de quando a lei prevê necessidade de homologação judicial como *conditio iuris* (como ocorre na suspensão convencional do processo) ou quando as próprias partes submeterem suas convenções a condições ou termo.²⁷¹ Conforme explicação posterior, acredita-se, também, que as convenções processuais constituídas no âmbito das ações coletivas devem ser previamente homologadas por parte do juízo. A regra da desnecessidade de intermediação de outros sujeitos é cabível nos processos individuais.

Embora não dependam da aquiescência judicial, como já dito, o magistrado deve exercer o controle sobre o negócio nos casos das hipóteses estabelecidas no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil. Isso significa dizer que o órgão judicial não analisa a admissibilidade do negócio jurídico *a priori*, mas que somente exerce controle *a posteriori*.²⁷²

No processo individual, o controle de validade do magistrado é limitado. Nesse contexto, não deve o juiz deixar de aplicar ou de fazer cumprir a convenção em um controle de conveniência. Uma análise da conveniência e não da validade da convenção pode fazer com que os indivíduos deixem de firmar acordos processuais diante da incerteza da prevalência da convenção em juízo. O magistrado deve ter especial cuidado nos casos em que declarar nulidade parcial dos negócios jurídicos processuais, uma vez que, se essa incidir apenas sobre algumas cláusulas, corre-se o risco de um dos negociantes perder os benefícios que havia auferido como condição para ceder em outros pontos, ficando, em função da nulidade parcial, prejudicado.²⁷³

Quanto aos casos de validade ou invalidade das convenções, o Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 190, prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções previstas no *caput*, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em uma manifesta situação de vulnerabilidade.

Como já exposto, o simples fato de constar em contrato de adesão não pode acarretar a rejeição do negócio jurídico processual, sendo necessário que se analise se existe real possibilidade de o negócio causar prejuízo ao comportamento processual de uma das partes,

²⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 70.

²⁷² *Ibid.*, p. 70.

²⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

gerando a esta iniquidade ou inferioridade de posição processual.²⁷⁴ Assim, para que seja decretada a nulidade da convenção, não basta que esta esteja inserida em contrato de adesão, é preciso que possua, por si só, caráter abusivo.²⁷⁵

Quanto à previsão de nulidade em função da vulnerabilidade, a preocupação do legislador é a de evitar a manipulação do acordo.²⁷⁶ A vulnerabilidade pode ser uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza ou enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade, portanto, não deve ser entendida como fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, mas como a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, que busca a igualdade e a justiça equitativa.²⁷⁷

As diretrizes aqui traçadas partem da análise da doutrina clássica atinente às convenções processuais, que analisam os pressupostos, limites e o papel do juiz quando da pactuação nos processos individuais. No próximo capítulo, trata-se sobre as especificidades da negociação processual no âmbito das ações coletivas.

4 CONVENCIONALIDADE PROCESSUAL EM AÇÕES COLETIVAS

Uma vez estabelecidas as premissas desenvolvidas nos dois capítulos anteriores, é possível a investigação do principal objetivo do trabalho, qual seja, compreender a convencionalidade processual nas ações coletivas. Nesses termos, esse último capítulo centra-se (i) na defesa da possibilidade de pactuação processual no âmbito das ações coletivas, frisando as vantagens da utilização do instituto para a tutela dos direitos transindividuais; (ii) nos requisitos para sua implementação, quais sejam, a legitimidade do substituto processual e a pertinência temática, além da representatividade adequada no ato convencional; (iii) nos limites específicos que devem ser observados; e (iv) na necessidade do controle judicial da convenção processual nas ações coletivas.

4.1 POSSIBILIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS COLETIVAS

²⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁷⁵ HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de processo**. vol. 260/2016. p. 49-71. Out, 2016.

²⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 701.

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120.

O incentivo às soluções consensuais e negociadas ampliou o espaço de convencionalidade não apenas nas ações individuais, mas também no âmbito das ações coletivas. A postura cooperativa é de especial importância nesse contexto, uma vez que as ações coletivas envolvem situações complexas e que cada conflito coletivo tem suas particularidades, de modo que a aplicação de um único procedimento pode vir a prejudicar sua eficiência.²⁷⁸

As discussões acerca da possibilidade ou da impossibilidade de constituição de avenças processuais no âmbito das ações coletivas têm como ponto de partida a previsão estabelecida no *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que é lícito às partes plenamente capazes estipularem mudanças no procedimento e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, se este versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Não se fala em direitos indisponíveis, mas direitos que podem ser submetidos à autocomposição, o que atribui às convenções processuais uma margem mais ampla de possibilidade de negociação, inclusive em relação à arbitragem, que exige a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos materiais.²⁷⁹

Primeiramente, cabe lembrar que as ações coletivas podem tutelar direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* são considerados indisponíveis. Assim, em um primeiro momento, passou-se a dizer que, no âmbito de processos que versam sobre esses direitos, não caberia autocomposição e, portanto, não haveria como instituir avenças processuais nas ações coletivas. Há aqui dois enganos: (i) nem todas as ações coletivas versam sobre direitos indisponíveis, visto que essas podem tratar sobre direitos individuais homogêneos, de natureza disponível; e (ii) a indisponibilidade do direito não significa impossibilidade de autocomposição do direito.

Se assim fosse, a convenção processual coletiva só poderia ser firmada no âmbito dos processos que tratam sobre direitos individuais homogêneos. Contudo, se este fosse o óbice para a aplicação da convenção – a indisponibilidade do direito – poder-se-ia admitir uma

²⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

²⁷⁹ Segundo Gabriela Back, o ordenamento jurídico brasileiro não impede a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos envolvendo direitos transindividuais. BACK, Gabriela Cristina. **A arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação *Strico Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2018. Ora, se não é vedada sequer a utilização da arbitragem nos conflitos que envolvem direitos transindividuais, não se pode entender pela coibição no que tange às convenções processuais.

aplicação quase que indiscriminada das avenças processuais nas ações que tratam dos interesses individuais homogêneos, visto que, então, o direito objeto da ação seria disponível. Não parece a conclusão mais acertada.

O primeiro problema a ser enfrentado consiste na dificuldade de se demonstrar um significado uniforme de interesse ou direito indisponível. Não há consenso na doutrina, na jurisprudência e nem na legislação.²⁸⁰ Segundo Antonio do Passo Cabral,²⁸¹ diversos são os critérios utilizados para tentar dar contorno ao conceito – renunciabilidade,²⁸² interesse público, alienabilidade, exclusividade de disposição pelo seu titular, impossibilidade de limitação ou restrição, entre outros.

Cabe ressaltar que o critério da “indisponibilidade processual” sofre dos mesmos problemas de imprecisão que a indisponibilidade material. Não há uniformidade conceitual na doutrina e na jurisprudência acerca do que seria a indisponibilidade do processo.²⁸³ O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de analisar a questão quando decidiu acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem. Nessa ocasião, referiu-se à disponibilidade de maneira dúbia e sem precisão técnica.²⁸⁴

O que se pode afirmar com certeza é que a indisponibilidade não é conceito absoluto, mas abstrato e indeterminado. Além disso, existe, atualmente, grande flexibilização acerca do conceito²⁸⁵ no âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Em função das críticas desenvolvidas pela doutrina, o conceito de indisponibilidade vem sendo cada vez mais mitigado.

Ainda, entende-se que esse conceito comporta gradações.²⁸⁶ De acordo com Paulo de Bessa Antunes, “sempre em uma medida ou em outra, haverá a disponibilidade de direitos ‘indisponíveis’.”²⁸⁷ No mesmo sentido, afirmam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior que “o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse

²⁸⁰ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

²⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 337.

²⁸² TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 128, p. 59-78, mês. 2005.

²⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 339.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 338.

²⁸⁵ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

²⁸⁶ Como defende TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 128, p. 59-78, mês. 2005.

²⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 30, p. 103-135, jul. 2011.

público. Esta indisponibilidade, contudo, não é integral, sendo temperada com a conveniência e a oportunidade”.²⁸⁸

Através das considerações expostas, parece haver clara tendência de se permitir a flexibilização do conceito de indisponibilidade material do direito. Dessa forma, a rigor, é possível a disposição de direitos coletivos, não integralmente, mas existe margem de negociação,²⁸⁹ como ocorre, por exemplo, no acordo quanto à forma de cumprimento das obrigações legais.²⁹⁰

De todo modo, é importante destacar que direitos que não admitem autocomposição não se confundem com direitos indisponíveis. A confusão se dá porque, tradicionalmente, a autonomia da vontade era ligada às faculdades de disposição de direitos. Não raro, o direito disponível era colocado como aquele que pode ser objeto de acordo.²⁹¹ De fato, no Brasil, reconhece-se vasta aversão histórica à utilização de mecanismos de autocomposição para a resolução de conflitos envolvendo direitos considerados indisponíveis.²⁹²

Não é mais viável a manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo. A superação desse dogma é necessária para que se alcance um sistema processual coletivo adequado.²⁹³ Atualmente, pode-se afirmar que os direitos indisponíveis podem ser transacionados²⁹⁴ e que esses apresentam graus de disponibilidade.²⁹⁵ Com efeito, o mero fato de um direito ser considerado indisponível não pode implicar sua automática inegociabilidade.²⁹⁶

A própria Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) dispõe, em seu artigo 3º, que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.” Fica claro, até através da análise da legislação pátria, a

²⁸⁸ DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 109-110.

²⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.136, p. 249-267, jun. 2006.

²⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

²⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 336.

²⁹² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

²⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

²⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

²⁹⁵ DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 109-110.

²⁹⁶ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

diferenciação entre as categorias “direitos indisponíveis” e “direitos que não admitem autocomposição”.

Alguns instrumentos legais que versam sobre direitos coletivos inclusive preveem a negociação do próprio direito material, como é o caso do termo de ajustamento de conduta. Nesse compromisso, os legitimados podem pactuar sobre o modo, o tempo ou o lugar do cumprimento da conduta para a reparação do dano coletivo causado, ou seja, a forma de reparar o dano coletivo pode ser negociada.²⁹⁷

A Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público também prevê, em seu artigo 1º, que o termo de ajustamento de conduta é um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, tendo natureza de negócio jurídico bilateral, e como finalidade contrair, modificar ou extinguir direitos.²⁹⁸ De acordo com Alexandre Amaral Gavronski, no momento da negociação, o legitimado coletivo e o apontado responsável especificam condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, para, no caso concreto, bem definir as obrigações advindas da ameaça ou lesão a direitos coletivos. Dessa forma, entende o autor que não há disposição, mas sim concretização dos direitos metaindividuais, uma vez que se afirma o direito coletivo e define as condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada.²⁹⁹

Não se pode, via termo de ajustamento de conduta, dispensar a satisfação do direito transindividual lesado. Isso não significa dizer que a margem para negociação seja pequena.³⁰⁰ De acordo com Ana Luíza de Andrade Nery, o espaço possível para a transação não se refere a aspectos meramente formais do negócio. As partes podem estabelecer direitos e obrigações para ambas, de forma a tentar alcançar a máxima eficiência possível dos fins pretendidos pelos celebrantes.³⁰¹ A negociação nas ações coletivas envolve a construção, em conjunto das partes, de caminhos mais eficazes para a efetiva tutela do direito coletivo.³⁰²

Alguns entendem o termo de ajustamento de conduta como verdadeira transação e outros não, mas independentemente da concepção que se adote, certo é que se trata de

²⁹⁷ CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 729.

²⁹⁸ NERY, Ana Luíza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. Teoria e análise de casos práticos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

²⁹⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coords.). **Coleção Repercussões no Novo CPC: Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 353.

³⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³⁰¹ NERY, Ana Luíza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. Teoria e Análise de casos práticos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 198.

³⁰² CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianópolis, v. 3, p. 18-35, jan. 2017.

modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória.³⁰³ Há quem defenda que o recorte conciliatório se manifesta quanto a aspectos adjacentes, ou seja, circunstâncias instrumentais ou periféricas da obrigação.³⁰⁴ Rodolfo Mancuso, por exemplo, entende que a possibilidade de solução negociada em ações coletivas deve ser limitada a pontos periféricos relativos às condições e meios para proteção dos interesses transindividuais, enquanto o núcleo central deve permanecer inalterado.³⁰⁵

Contudo, a experiência demonstra que um maior espaço de autonomia aos órgãos públicos na celebração do termo de ajustamento de conduta levaria a uma maior eficácia do instrumento. Isso porque a negociação dos direitos, inclusive os indisponíveis, pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção em alguns casos.³⁰⁶ A celebração do termo tem como objetivo o alcance da melhor alternativa possível para reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual. Nesse contexto, vem adquirindo adesão a tese doutrinária que visualiza, em um juízo de ponderação – através da proporcionalidade em todos os seus níveis de aferição (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) –, a escolha da via mais apta para a efetivação possível do direito violado a partir da análise do caso concreto, permitindo que as partes realizem concessões recíprocas. Desse ponto de vista, mesmo o legitimado não podendo abrir mão de um direito essencialmente coletivo, não haveria óbice, por exemplo, à renúncia de uma obrigação acessória ou inclusive principal se esta não constituir o núcleo do dever central.³⁰⁷

Para o Ministério Público seria uma grande dificuldade cumprir suas atribuições de previsão constitucional sem a possibilidade de negociação nas situações que envolvem interesses transindividuais. Uma vez que é imperiosa a mais adequada proteção possível dos direitos transindividuais, a proibição de uma negociação mais aberta, muitas vezes implica, na verdade, a absoluta ausência de sua proteção.³⁰⁸

³⁰³ DIDIER JÚNIOR., Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³⁰⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 257.

³⁰⁶ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

³⁰⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³⁰⁸ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

A negociação vem ganhando espaço em áreas que antes pareciam completamente infensas à ideia da autocomposição. Nessa conjuntura, pode-se citar a Lei 8.429/92, que estabelece o regime excepcional da Lei de Improbidade Administrativa. Através de exame isolado do §1º do seu artigo 17, se entenderia que é vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações destinadas a apurar atos de improbidade praticados por agentes públicos. Tal determinação foi revogada pela Medida Provisória 703/2015, mas esta prescreveu em maio de 2016 por não ter sido votada pelo Congresso Nacional.³⁰⁹

A proibição da negociação era um reflexo da proibição no âmbito penal.³¹⁰ Contudo, desde 1995, através da Lei 9.099/95, instrumentos de justiça penal negociada passaram a ser previstos no direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas consensuais na área, tais como a transação penal (artigo 76, da Lei 9.099/95); e a suspensão condicional do processo penal (artigo 89 da mesma lei). A possibilidade da colaboração premiada, prevista na Lei 12.850/13, também trouxe novos paradigmas para a discussão.³¹¹ Ainda, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) prevê, nos artigos 16 e 17, a possibilidade de se firmar acordos de leniência. Tudo isso parece indicar que é possível a flexibilização da vedação prevista pelo §1º do artigo 17 da Lei 8.429/92.³¹²

A interpretação isolada e literal do §1º do artigo 17 da Lei 8.429/92 acima referido implica uma situação anacrônica, em que seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema – as decorrentes da prática de crimes –, mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade. Não se pode ignorar a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei de 1992 e de sua aplicação atual. Mesmo nos casos de infrações graves, tornou-se possível a negociação acerca das consequências penais. Dessa forma, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade.³¹³

A própria Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público prevê, em seu artigo 1º, §2º, que é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. Já a Lei da Mediação, em seu artigo 36, §4º,

³⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 73, p. 107-144, ago. 2016.

³¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

prevê que “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz”, o que parece modificar o entendimento de que a Lei de Improbidade obstaculiza de forma absoluta a realização de negociações.³¹⁴

Como exemplo de negócios jurídicos processuais que podem ser firmados em tais procedimentos, pode-se citar a colaboração premiada e o acordo de leniência, caracterizados como negócios atípicos nos processos que versam sobre improbidade administrativa, considerado o artigo 190 do Código de Processo Civil, o artigo 4º da Lei 12.850/2013 e artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013.³¹⁵ Eduardo Cambi defende ainda a possibilidade de se firmar convenções processuais para fixar calendário diferenciado para o procedimento, ou para suprimir a defesa preliminar, caso haja concordância expressa e dela não resulte prejuízo ao interessado, o que levaria a uma maior celeridade do feito.³¹⁶

Portanto, é possível se concluir que é cabível a autocomposição nos processos de improbidade administrativa,³¹⁷ assim como é cabível a negociação no âmbito penal, o que torna ainda mais latente a necessidade de se reconhecer, de forma pacífica, a possibilidade de autocomposição nas ações sobre direitos coletivos, disponíveis e indisponíveis.

Os exemplos expostos anteriormente (termos de ajustamento de conduta, acordos em ações que versam sobre improbidade administrativa, transações penais etc.) referem-se a negociações relativas ao próprio direito material. Nesse ínterim, reconhecida a possibilidade de autocompor e, em alguma medida, inclusive dispor de direitos materiais considerados indisponíveis, não há como se defender a impossibilidade de constituição das avenças processuais no âmbito das ações coletivas. A indisponibilidade dos direitos transindividuais não deve configurar óbice para a realização das convenções processuais nas ações coletivas que tutelam tais direitos.

Nesse sentido, o Enunciado 225 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece exatamente: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”, bem como o Enunciado 135 no sentido de que a “indisponibilidade do direito material não impede,

³¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³¹⁶ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 506.

³¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há, a princípio, disposição de direitos materiais indisponíveis. Assim entende Diogo Assumpção Rezende, ao defender que a impossibilidade de disposição do direito material não afeta, em regra, a possibilidade de disposição do direito processual.³¹⁸ Nesta perspectiva, conclui-se que a disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida.³¹⁹

Ainda é relevante para a questão o Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis no sentido de que “o Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte” e a elaboração da resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, que inseriu as convenções processuais como um dos instrumentos de autocomposição, cuja aplicação passa a ser recomendada aos Promotores e Procuradores de todo o País, no âmbito dos processos individuais e coletivos em que atuam. A resolução prevê mecanismos de autocomposição que objetivam alcançar a prevenção, resolução e pacificação de litígios de forma mais célere e com economia de recursos, dentre os quais se destacam as convenções processuais (art. 6º, 7º, 15, 16 e 17).

O artigo 16 autoriza os membros do Ministério Público, observados os limites legais, a celebrar acordos processuais, em qualquer fase de investigação ou durante o processo. No artigo 15, é recomendada a utilização das convenções a fim de adaptar e flexibilizar o procedimento para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional. E, por fim, o artigo 17 prevê que as convenções devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar a convivência harmônica entre os envolvidos e promover a pacificação do conflito, bem como que podem os acordos serem inseridos e documentados em cláusulas de ajustamento de conduta.³²⁰ As possibilidades de utilização das convenções processuais são muitas e cabe à doutrina e aos membros do Ministério Público desenvolverem boas práticas que permitam extrair desses mecanismos o melhor resultado prático para a defesa dos direitos e interesses coletivos.³²¹

A convenção processual muitas vezes reforça a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos direitos indisponíveis. Antonio do Passo Cabral exemplifica demonstrando

³¹⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 183.

³¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 203.

³²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 733.

³²¹ *Ibid.*, p. 734.

situações em que o legitimado ativo poderia fixar um foro competente mais eficiente para colheita de prova, convencionar sobre a majoração dos prazos para cumprimento dos atos processuais ou ampliar os meios de prova.³²²

A busca pela adequação processual, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos transindividuais, em consonância com a ideia de processo democrático, participativo e cooperativo, justifica a possibilidade de utilização das convenções processuais como forma de buscar a efetivação dos direitos coletivos.

Um procedimento que se destina à proteção de direitos coletivos exige amplitude muito maior do que a lógica bipolar – aquela que se desenvolve sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a decisão venha a pender, necessariamente, para uma ou para a outra³²³ – dos processos comumente utilizados no Brasil, em especial nos processos individuais, que têm traços e funções muito diferentes do processo coletivo.

Através da convencionalidade e da constituição de avenças, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não na base do antagonismo entre os polos, já que a visão das partes não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum.³²⁴ Atualmente, está cada vez mais em voga a percepção de uma litigiosidade multipolar, principalmente em decorrência do surgimento de conflitos que versam sobre os interesses coletivos.³²⁵

O procedimento deve ser o mais adequado possível - às particularidades de cada caso, às necessidades do direito material, às pessoas dos litigantes, ao grupo ou sociedade afetada etc. – a fim de que a tutela jurisdicional possa ser realmente efetiva mediante uma prestação jurisdicional eficiente. Para isso, é preciso reconhecer que tanto as partes, quanto o juiz, devem ter poderes para promover adaptações ao procedimento.³²⁶

³²² Ibid., p. 551.

³²³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, Boston, v. 89, n. 7, p. 1281-1282, maio, 1976.

³²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

³²⁵ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 217, p. 243-255, jan. 2018.

³²⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 401-409.

Tais medidas de flexibilização e adequação também são de fundamental importância em litígios que buscam reparações econômicas e sociais em massa.³²⁷

Dentro de uma lógica processual dialógica, cooperativa, policêntrica e participativa, as partes poderão decidir qual é a forma mais viável e cabível para a resolução do litígio em questão, adequando-o a sua realidade, tendo sempre como ontológico objetivo o dever de concretização dos direitos coletivos.

No momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir sua efetiva tutela, cerceando a atuação dos legitimados, especialmente se a negociação se mostrar o meio mais adequado para atingir tal fim.³²⁸ As soluções consensuais – materiais e processuais – contribuem para a obtenção de soluções tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do direito.³²⁹

A pactuação processual é cabível nas ações que tratam dos direitos coletivos *lato sensu*: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Defender que as avenças processuais somente devem ser admitidas em ações individuais é andar na contramão das garantias processuais fundamentais conferidas pela Constituição Federal, como o acesso à justiça e a tutela jurisdicional efetiva. A constituição de avenças processuais nas ações coletivas objetiva a conformação do processo às peculiaridades do direito material, permitindo, pois, que se alcance com maior efetividade a tutela jurisdicional coletiva.³³⁰

Quanto aos acordos processuais no âmbito dos conflitos que versam sobre direitos indisponíveis (difusos e coletivos *stricto sensu*), deve-se atentar à vedação da disposição sobre o núcleo do direito, ou seja, deve a convenção observar a necessidade de preservação do bem jurídico coletivo, exatamente em função do caráter indisponível do direito.

A título exemplificativo: a proteção ao meio ambiente, em si, é um direito materialmente indisponível de todos, mas a forma como a conservação, a preservação e até a restauração se dá em cada caso pode ser objeto de arbitragem e acordo entre as partes, sem

³²⁷ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 217, p. 243-255, jan. 2018.

³²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**. vol. 7/2016. p. 59-99.

³²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

³³⁰ CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianópolis, v. 3, p. 18-35, jan. 2017.

prejuízo da indisponibilidade do interesse público.³³¹ O limite que deve ser observado é a não disposição do núcleo do direito coletivo. Conforme exemplo proposto por Sarah Merçon Vargas, se houve contaminação de solo, o pacto não pode deixar de exigir do particular a descontaminação, em função de esse ser, de fato, o núcleo indisponível a ser preservado. Todos os demais campos negociais estão inseridos na esfera da disponibilidade de que dispõem os órgãos públicos para negociar.³³²

Como já estabelecido, o critério para que se determine a possibilidade da utilização das convenções processuais não deve ser a disponibilidade do direito objeto do processo. Não se pode sustentar a vedação da utilização das convenções em função de simples menção ao conceito “indisponibilidade”, como que de forma autoexplicativa.

Quanto aos pactos firmados quando o objeto da ação são direitos individuais homogêneos, a discussão se torna menos conflituosa, em função da disponibilidade material dos interesses. Contudo, mesmo em se tratando de direitos e interesses disponíveis, cabe frisar que os convenientes não serão os titulares dos direitos. É claro que a não titularidade não impede a negociação processual por parte dos legitimados coletivos, mas cria a necessidade de uma análise da adequada representação dos entes no momento da constituição dos pactos processuais.³³³

Assim como os instrumentos de negociação dos direitos coletivos materiais devem respeitar determinados limites³³⁴ – não sendo possível que se dispense obrigações necessárias para a efetiva satisfação do grupo lesado³³⁵ –, as convenções processuais também não tem uso irrestrito, nem no processo individual, nem no processo coletivo. Deve-se atentar à proporcionalidade e à razoabilidade na negociação.³³⁶ A análise sobre a possibilidade de celebração das convenções processuais, seja ou não no âmbito do processo coletivo, deve ser dada no caso concreto.³³⁷

³³¹ SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais**. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 512.

³³² VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Dissertação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 136.

³³³ Esses aspectos são tratados no tópico 4.2.2.

³³⁴ Os limites que devem ser observados no momento da constituição das avenças processuais coletivas são analisados em seguida.

³³⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 309

³³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³³⁷ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 506.

Entende-se que a necessidade legal apresentada no *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil ao dispor que, para constituir avença processual, deve o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, não tem razão de ser. Primeiro, porque não parece haver, atualmente, direitos completamente infensos à autocomposição.³³⁸ Como já exposto, essa técnica de resolução de conflitos tomou conta de todas as áreas do direito, até mesmo as que pareciam menos receptivas, como o direito administrativo e penal. Segundo, porque a proibição impensada e indiscriminada da convencionalidade processual em processos “que não admitem autocomposição” pode dificultar a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que a jurisdição tende a ser prestada com maior efetividade quando o processo pode se adequar à realidade da causa e às necessidades do direito material.

Dessa forma, não se entende que a possibilidade de autocomposição do direito objeto do processo deve ser considerada como requisito para a constituição da convenção processual, apesar da disposição legal mencionada. Defender o requisito objetivo previsto pelo artigo 190 vai de encontro ao necessário respaldo à própria efetividade da tutela jurisdicional, enquanto direito fundamental.

Logo, considerada a dificuldade de se identificar quais os direitos que não admitem nenhuma margem de negociação, conclui-se que impossibilitar a constituição de convenções processuais simplesmente por se alegar uma abstrata “impossibilidade de se autocompor o direito material objeto do processo”, significaria caminhar no sentido contrário à adequação e à duração razoável do processo, ao acesso à justiça, ao contraditório, e, por fim, à efetividade da tutela jurisdicional, bem como negar o caráter participativo do processo.

A limitação da convencionalidade processual a processos que versam sobre direitos disponíveis e transacionáveis pode tornar ineficiente a tutela dos direitos indisponíveis e não transacionáveis, o que estaria em total desacordo com os direitos fundamentais processuais conferidos pela Constituição Federal.

A estrutura procedimental e as situações processuais impostas pelo legislador muitas vezes não são aptas a concretizar a tutela dos direitos coletivos nas ações coletivas que assim objetivam. Muitas vezes, as dificuldades encontradas são decorrentes de um formalismo exacerbado, que, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ocorre quando o poder

³³⁸ NETO, Delosmar Domingos de Mendonça; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 272, p. 419-439, mês. 2017.

disciplinador, ao invés de concorrer para a realização do direito, o aniquila ou determina retardamento irrazoável da solução do litígio.³³⁹

Considerada a relevância da efetiva tutela dos direitos coletivos e a presença de obstáculos processuais que muitas vezes acabam por dificultar a concretização desses direitos, o espaço para adaptação do procedimento é de essencial importância. Cada vez mais, o ordenamento jurídico brasileiro procura se amoldar às necessidades apresentadas pelos conflitos contemporâneos. Os direitos metaindividuais também devem ser considerados pelos novos aparatos jurídicos que permitem maior adequação do processo na busca pela tutela dos direitos materiais.

Em face da fundamentação desenvolvida, conclui-se que é possível a constituição das convenções processuais no âmbito das ações coletivas que tutelam os direitos coletivos *lato sensu*.

4.2 REQUISITOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Como visto, entende-se que a possibilidade de autocomposição do direito objeto da ação não deve atuar como um requisito para a pactuação processual. De outra senda, os requisitos que se entendem indispensáveis para a constituição das convenções processuais nas ações coletivas são de ordem subjetiva. Em outros termos, deve ser analisado (i) quem foi a parte conveniente; (ii) se esta tem legitimidade coletiva; e (iii) se houve representação adequada no momento do ato convencional.

4.2.1 Legitimidade do substituto processual

Conforme sublinhado no primeiro capítulo de desenvolvimento do presente trabalho, o legislador entendeu necessária a disposição de um rol de entes que são considerados legitimados para a propositura das ações coletivas. Esses legitimados representam grupos ou coletividades lesadas ou em ameaça de lesão, e agem em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a essas classes. Desta forma, os legitimados atuam por substituição processual. Da análise do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, revela-se o rol de entidades legitimadas para atuar em defesa dos direitos coletivos: o Ministério Público; a União; os Estados; o Distrito Federal; os Municípios; as

³³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

autarquias; as empresas públicas; as fundações ou sociedades de economia mista; as associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e as defensorias públicas.

Trata-se de pressuposto para a constituição da convenção processual na ação coletiva que a avença tenha sido firmada por um dos legitimados legalmente previstos. Ora, se a legislação prevê que apenas esses entes podem propor ação coletiva, também deve ser assim considerado na análise da possibilidade de constituição de avenças processuais nesse contexto.

Em determinados casos, outros fatores devem ser considerados. De acordo com o ente que estará firmando a convenção, pode-se adicionar como pressuposto para a constituição a necessidade de pertinência temática.

Quando o conveniente for o Ministério Público, a convenção só pode ser firmada – assim como a ação coletiva só pode ser proposta – nos casos envolvendo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* e, em alguns casos, de forma especial, individuais homogêneos. Quanto aos últimos, a atuação do *parquet* é limitada, no sentido de que só será cabível sua atuação quando houver interesse social relevante envolvido ou relevância social na tutela coletiva. Como exemplo de casos que demonstram interesse social relevante de tutela de direitos individuais homogêneos, estão as situações que envolvam direito à saúde, educação e segurança.³⁴⁰ Nos mesmos termos, só pode o *parquet* firmar convenção processual quando a ação coletiva que se pretende regular tiver como objeto direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos – estes últimos de forma limitada, como suprarreferido.

Quando o conveniente for membro da Defensoria Pública, é necessário avaliar se a ação coletiva cujos efeitos processuais se pretendem adequar busca tutela de interesses compatíveis com os defendidos pela instituição, ou seja, aqueles que são de titularidade de pessoas necessitadas. Deve-se analisar, para que possível a pactuação processual na ação coletiva, se, dentre os possíveis beneficiados com a decisão, encontram-se pessoas notadamente necessitadas.

³⁴⁰ Nesse sentido, pode o Ministério Público propor ações que buscam reparação por danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres; declaração de nulidade de cláusulas abusivas na aquisição de imóveis financiados por instituições financeiras ou reajuste excessivo de prestações de planos de saúde. Como exemplo de situações em que houver relevância social na tutela coletiva, estão os casos em que o proveito individual é insuficiente para motivar a ação individual, mas a lesão ao interesse coletivo é significativa. BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1957-1981, ago. 2015.

Quando o conveniente for associação, deve-se analisar se, dentre suas finalidades institucionais, consta a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Como já previamente analisado, as associações devem demonstrar, para que legitimadas na busca de direitos coletivos, o requisito da pertinência temática, sendo somente legitimadas quando os direitos cuja tutela se busca correspondem às finalidades estabelecidas em seus estatutos de constituição. Para que firmada convenção processual por parte das associações nas ações coletivas, os mesmos aspectos referentes à pertinência temática devem ser observados.

Em suma, para poder convencionar acerca de aspectos processuais atinentes às ações coletivas a parte conveniente também tem que ter legitimidade ativa *ad causam* na tutela de direitos coletivos.

Cabe frisar que, nos casos em que a ação coletiva contar com litisconsórcio ativo, vez que tal hipótese é permitida em função da legitimação extraordinária concorrente nas ações coletivas, e se pretender firmar convenção processual que afetará todas as partes do processo, a convenção pressupõe a concordância de todos os legitimados coletivos presentes na ação.

Exemplifica-se: se houver litisconsórcio ativo envolvendo tanto o Ministério Público como uma determinada associação, ambos deverão concordar com a constituição da convenção processual. De outra forma, quando o Ministério Público atuar apenas como *custos legis* na ação coletiva, é prescindível sua concordância. Nesses casos, o *parquet* deve elaborar parecer sobre a convenção, e este deve ser objeto de análise judicial,³⁴¹ o que não significa que a avença só será tida como válida quando houver anuência da instituição

4.2.2 Representação adequada no ato convencional

No âmbito das ações coletivas, tem-se ainda como requisito para a constituição válida das convenções a representatividade adequada durante a negociação do acordo. Isso porque, nesse caso, as convenções processuais não são firmadas através de obra dos titulares do direito, mas sim por via de representantes, visto que, logicamente, a participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável.

Uma vez que a coletividade lesada não estará diretamente presente em juízo, um dos mais importantes elementos que deve passar pelo crivo do órgão jurisdicional, no momento da análise da validade da convenção, nas ações coletivas, é a adequada representação dos

³⁴¹ O controle judicial do acordo processual nas ações coletivas será objeto de estudo no tópico 4.4.

interesses das partes ausentes.³⁴² Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “se a participação é imprescindível para a legitimação do exercício do poder jurisdicional, nos processos em que direitos são reivindicados à distância da presença dos seus titulares a representação adequada é a formula que dá corpo ao devido processo legal”.³⁴³

Sérgio Cruz Arenhart entende fundamental “perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos”.³⁴⁴

Na medida em que o acordo no processo coletivo vinculará uma coletividade inteira, não há dúvidas que é necessária a observância de um verdadeiro “devido processo na formalização dos acordos coletivos”, o que envolve, primordialmente, a análise da representação adequada dos legitimados.³⁴⁵

No caso das convenções processuais, a possível inadequação da representação por parte dos legitimados coletivos é ainda mais latente. Isso porque, no momento da constituição das avenças processuais, os convenientes estão negociando aspectos técnicos do processo e do procedimento. O tema dos acordos processuais há pouco tempo é tratado de forma mais intensa no âmbito nacional, como já anteriormente demonstrado. Os operadores do direito, em regra, tiveram pouco contato com a experiência, e, conseqüentemente, ainda não conhecem as minúcias da negociação processual. Considerando o pouco contato que a maioria dos promotores, procuradores e advogados tiveram com o conceito, natureza jurídica, vantagens e desvantagens, limites, aspectos e contornos atinentes às convenções processuais, permitir ampla negociação processual por parte dos legitimados coletivos sem a possibilidade de aferição da representatividade adequada é, no mínimo, preocupante.

Pelo exposto no primeiro capítulo de desenvolvimento, não se pode concordar com a ideia de que, por mais evidente que seja a inaptidão ou a negligência do representante do grupo no decorrer do processo coletivo, o juiz estará obrigado a aceitar passivamente a

³⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 55-56.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 42.

³⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 225.

³⁴⁵ FACHINELLO, João Antonio. Acordos e tutelas coletivas: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Processual**, v. 10, p. 85-112, mês. 2019.

situação e pronunciar sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.³⁴⁶ No mesmo sentido, no que tange ao objeto da presente investigação científica, não se pode conceber que o magistrado recepcione acordo processual mesmo em casos que este apresente claros prejuízos à coletividade.

Em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo que somente é representado pelo legitimado extraordinário na ação coletiva, fica evidente que existe a necessidade de que este busque, de todas as formas possíveis, a tutela efetiva do direito objeto da ação. Não se deve considerar razoável que a má atuação na condução do processo por parte do autor implique prejuízo à tutela da coletividade ou do grupo,³⁴⁷ e o mesmo deve ser entendido quando da má atuação na condução das negociações processuais.

Cabe aqui frisar que a representação do autor coletivo na condução da ação pode estar sendo adequada, mas, no momento da constituição da avença processual, essa adequação inexistir. É que a pactuação processual, como já estabelecido, requer conhecimentos técnicos muitas vezes sofisticados e de não conhecimento do legitimado. A condução da ação coletiva pode já ser, há muito tempo, parte da rotina do legitimado, e este pode estar apresentando idônea representação no caso concreto. Essa representação adequada na condução, em geral, do procedimento, não sana uma eventual representação inadequada dos interesses da coletividade no momento do ato convencional. O que importa e figura como pressuposto e requisito na constituição da avença processual na ação coletiva é a representatividade adequada no momento da pactuação.

O controle da representatividade adequada no momento da constituição da convenção deve recair, obviamente, sobre o responsável pelo processo – o promotor de justiça, o defensor público ou o advogado – vez que é esse quem efetivamente negocia os aspectos processuais; e não sobre a parte ativa - pessoa jurídica de direito público ou privado, sobre a associação, sobre a instituição do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Isso porque é o subscritor da convenção quem verdadeiramente conduzir a negociação, e assim deve demonstrar conhecimento, técnica e diligência na condução da constituição das convenções processuais. Nesse sentido, é a atuação do procurador da coletividade que é essencial para o a

³⁴⁶ GIDI, Antonio. La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo. In: _____; MacGregor, Eduardo Ferrer (orgs.). **Procesos colectivos – La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada**. México: Porrúa, 2004. p. 143

³⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

análise da representatividade adequada, vez que são seus atos e omissões que vindicam ou comprometem o direito do grupo.³⁴⁸

De acordo com Eduardo Cândia, a decisão judicial que extingue o processo por falta de representação adequada do legitimado coletivo se submete ao mesmo regime processual de qualquer outra decisão que reconheça a ausência de pressupostos processuais de validade da relação processual.³⁴⁹ No mesmo sentido, entende-se que, no momento em que houver decisão judicial identificando a falta de representatividade adequada na constituição da convenção processual, o negócio jurídico constituído não gozará de pressuposto processual de validade. De tal forma, deve-se considerar a avença como nula. Ainda segundo Eduardo Cândia, para os autores que aceitam o controle judicial ou o exame em concreto da representação adequada do autor da ação coletiva, em caso de ausência do referido pressuposto, autoriza-se a rescindibilidade da sentença que eventualmente tenha sido proferida.³⁵⁰ Ora, se a falta de representatividade adequada na condução da ação coletiva pode levar inclusive à rescindibilidade da sentença, obviamente que a convenção processual firmada em ausência de representatividade adequada, que resultar em prejuízo ao grupo, não deve ser recepcionada pelo juízo.

O parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil estabelece que, de ofício ou a requerimento, o juiz deve controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade. Sendo assim, quando o magistrado decidir pela inadequada representação dos interesses da coletividade por parte dos legitimados coletivos, no ato convencional, deve o juiz considerar que houve nulidade na constituição da avença e, assim, negar sua aplicação.

Como demonstrado no capítulo anterior, as convenções processuais podem versar sobre aspectos meramente formais ou procedimentais ou sobre situações processuais mais complexas, envolvendo ônus, deveres, faculdades e poderes. Desta feita, a convenção processual pode vir a afetar diretamente a esfera de direitos materiais dos titulares ausentes. Se a convenção tiver efeitos grandiosos, que afetam de maneira substancial o direito de toda uma coletividade, entende-se que o juiz deve poder contar com a possibilidade de requisitar a

³⁴⁸ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96.

³⁴⁹ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

³⁵⁰ CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

opinião e participação de especialistas. Também pode, nessas situações excepcionais, ouvir os próprios titulares do direito ou *amici curiae*

Em sendo esse o caso, o magistrado pode decidir por convocar estes interessados a comparecer em determinada audiência, momento em que pode tratar de questões do mérito do processo e, também, de negociações processuais.

Para que sejam possíveis referidas intervenções, a audiência deve ser pública. Assim, pode-se coibir a concretização de uma situação em que os verdadeiros interessados no litígio sejam aliados do debate judicial, restando assim o grupo alienado, uma vez que, como se sabe, não é permitida sua participação direta no processo. Sempre que possível, essas audiências devem ser realizadas próximo à comunidade atingida, a fim de facilitar a participação dos interessados.³⁵¹

Por todo o exposto, conclui-se que a representatividade adequada configura requisito subjetivo que deve ser observado no momento da negociação processual nas ações coletivas. A capacidade das partes, mencionada pelo próprio artigo legal como requisito para constituição do acordo processual, no âmbito das ações coletivas, está diretamente relacionada à representatividade adequada do legitimado coletivo no ato convencional. Nas ações coletivas, só possui capacidade para negociar aspectos processuais o legitimado extraordinário legalmente previsto como apto à propositura da ação coletiva. Contudo, não basta que o legitimado esteja autorizado legalmente para tanto, deve ainda demonstrar, em alguns casos, a pertinência temática previamente analisada e, em todos os casos, representar, de maneira adequada, os interesses da coletividade atingida ou ameaçada no momento do ato convencional.

4.3 LIMITES DO ACORDO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Como analisado anteriormente, embora a doutrina se esforce para estabelecer e definir os limites que devem ser observados para a celebração das convenções processuais, não se logrou ainda unanimidade na fixação de tais critérios. Barbosa Moreira dispôs, há mais de trinta anos, sobre a dificuldade de se estabelecer limites ao processo convencional.³⁵² Nas ações coletivas a situação é ainda mais complexa, visto que a discussão acerca da

³⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

³⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In **Temas de Direito Processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91.

possibilidade de cabimento das convenções processuais nas ações coletivas é problemática atual.

Antes foram estabelecidos limites que se entendem apropriados na análise dos acordos processuais em geral. Dentre estes, a impossibilidade de constituição de convenção processual nos casos em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual; a necessidade de observância da boa-fé e da cooperação no processo de negociação, a análise da isonomia entre os convenientes; a proteção da parte vulnerável; a vedação de transferência de externalidades; e a impossibilidade de disposição do núcleo essencial das garantias processuais constitucionais.

A maioria dos limites previamente analisados devem ser observados também no âmbito das ações coletivas. Nesse contexto, as convenções processuais nas ações coletivas não podem ser firmadas quando houver reserva legal; na ausência de boa-fé e cooperação; quando a convenção se der de forma a transferir externalidades ou quando violar o núcleo essencial das garantias processuais fundamentais.

No que tange ao limite que impossibilita a constituição da convenção quando faltar isonomia entre os convenientes, entende-se que o contorno não se aplica nas ações coletivas. Isso porque é inegável a disparidade entre as partes na tutela coletiva, em especial quanto ao regime da coisa julgada. Portanto, presume-se que sempre há ausência de isonomia entre as partes nas ações coletivas, o que não deve ser óbice para a constituição das avenças processuais nesse âmbito.

Contudo, novas balizas devem se somar aos limites gerais estabelecidos para a constituição dos negócios jurídicos processuais, específicas às necessidades atinentes ao processo coletivo. Resta agora analisar quais são as particularidades e os limites específicos que devem ser observados no momento da constituição da avença processual nas ações coletivas.

Da análise da legislação, percebe-se que o próprio artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê limites que devem ser observados em qualquer convenção processual. Da leitura do dispositivo legal, pode-se identificar os seguintes limites previstos pelo legislador, que devem ser observados no momento da constituição do negócio jurídico processual: *(i)* o direito objeto do processo deve admitir autocomposição; *(ii)* os convenientes precisam ser partes capazes; *(iii)* o negócio não pode ser nulo; *(iv)* não pode a convenção ser firmada de forma abusiva em contrato de adesão; *(v)* não pode a convenção ser constituída quando alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Quanto ao limite primeiro, já foi salientada a necessidade de cautela no momento de interpretá-lo. Não se trata de requisito ou limite específico que impede a constituição de avença processual. A indisponibilidade do direito material não constitui óbice na constituição da avença e, tampouco, a impossibilidade de transação do direito material.

No tocante ao limite segundo, ao se tratar de ações coletivas, o legitimado para propositura, se representante adequado, no momento do ato convencional, deve ser entendido como parte processualmente capaz para transacionar aspectos processuais.

No que se refere ao limite terceiro, já foram analisadas as situações que devem levar à nulidade do negócio jurídico processual. Na seara das ações coletivas, a falta de representatividade adequada no momento do ato convencional deve ser considerada vício de nulidade, de tal forma, quando constatada pelo magistrado, a convenção deve ser afastada.

A respeito do limite quarto, em casos, por exemplo, de ações que tratam de direitos consumeristas individuais homogêneos, envolvendo a existência de contrato(s) de adesão, é óbvio que a convenção processual abusiva inserida nesses contratos não deverá ser aplicada.

Quanto ao quinto limite legal, já se demonstrou a razão pela qual se entende não cabível o contorno nas ações coletivas, qual seja, a intrínseca disparidade entre as partes nos processos coletivos.

Os limites gerais previstos pela legislação conferem margem para que o magistrado avalie, de forma discricionária, a convenção, de forma a não aplicá-la quando da não observância dos fatores limitadores.

No âmbito das ações coletivas, entende-se que outros limites devem ser observados para que considerada válida a convenção processual.

A estipulação de limites que devem ser observados na negociação que trata de direitos transindividuais consiste em difícil desafio,³⁵³ face à complexidade dos conflitos coletivos, à escassez doutrinária acerca da temática e ao recente avanço que se estabeleceu no sentido de se admitir a utilização das convenções processuais nas ações coletivas.

É possível sugerir a utilização de limites já estabelecidos em outras situações que envolvem negociação de direitos indisponíveis, como é o exemplo do termo de ajustamento de conduta. Quanto às vedações ao conteúdo do compromisso, pode-se citar (i) a impossibilidade de afastar o acesso dos lesados ao Judiciário; (ii) a impossibilidade de convencionar a limitação dos demais colegitimados de ajuizar ação civil pública nas

³⁵³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

respectivas hipóteses de cabimento; e (iii) a vedação ao enfraquecimento do núcleo essencial do direito material.³⁵⁴

O limite mais importante no contexto das ações coletivas é a impossibilidade de que a convenção processual tenha como consequência o prejuízo da tutela do interesse coletivo. Dessa forma, a avença não pode se dar em desfavor da tutela do direito coletivo. Para Lorena Miranda Santos Barreiros, a possibilidade de celebração de convenções processuais em demandas que tenham como objeto direitos indisponíveis não deve implicar qualquer prejuízo a estes interesses, já que a não afetação do direito material indisponível é componente da licitude do objeto do acordo processual.³⁵⁵

Contudo, a convenção processual pode ser conservada, em situações excepcionais, mesmo quando vir a não beneficiar ou até a “prejudicar processualmente” a coletividade, se, em decorrência direta, houver uma concessão material da outra parte, que, ao fim e ao cabo, acabe por maximizar a tutela coletiva. Deve ser levado em conta a tutela final do direito coletivo e, de tal forma, a convenção não deve ser analisada individualmente, isolando o efeito processual decorrente da constituição da avença. A análise deve recair sobre o processo de negociação processual como um todo, de forma a tornar possível identificar quais foram as concessões processuais e materiais feitas pelos legitimados coletivos e pela outra parte, a fim de que se possa analisar o resultado final obtido. Se o resultado de uma concessão processual que, em tese, é prejudicial à coletividade, resultar em um benefício material superior, a convenção ainda deve ser considerada válida. Por isso, é de máxima relevância a atenção do magistrado no momento da análise da convenção, e, nesse sentido, o juiz, no tocante ao julgamento da validade da avença processual nas ações coletivas, deve realizar escrutínio, a fim de investigar quais foram as concessões processuais e materiais objeto da convenção, e assim determinar se o resultado da avença foi prejudicial ou benéfico à comunidade, considerado todo o processo de negociação e todas as concessões envolvidas na configuração do pacto processual.

O segundo limite de especial importância é a impossibilidade de a convenção ter efeitos expansivos, ou seja, atingir outros processos, individuais ou coletivos, ou vincular outros colegitimados à propositura da ação coletiva. Nesses termos, não pode a convenção ter efeitos *ultra partes*.

³⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco; **Temas de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116.

³⁵⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 252.

Dessa forma, deve-se em especial considerar os casos de ações coletivas que tratam sobre direitos que estão sendo também discutidos em outras dezenas, centenas ou até milhares de ações, individuais ou coletivas. A título exemplificativo, pode-se citar o famigerado caso do acordo dos planos econômicos. O acordo, validado pelo Supremo Tribunal Federal, em março de 2018, foi firmado entre diversas instituições de defesa do consumidor e os bancos devedores dos expurgos inflacionários dos planos econômicos Bresser de 1987, Verão de 1989 e Collor 2 de 1991.

O litígio coletivo relacionado aos planos econômicos envolve mais de um milhão de ações e milhões de pessoas que tinham pecúnia em poupança no final dos anos oitenta e início dos anos noventa. No caso, os cálculos necessários a conversão dos valores que estavam em contas poupança, naquele momento, foram realizados de modo indevido, de forma que o valor disponível para o poupador foi reduzido. Esse valor foi apropriado pelos respectivos bancos.³⁵⁶

Os poupadores foram representados por 11 instituições, dentre essas o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; a Frente Brasileira pelos Poupadores, a Associação Brasileira do Consumidor; a Associação para a Defesa dos Direitos Cíveis e do Consumidor, entre outros. As instituições financeiras, por sua vez, foram representadas pela Federação Brasileira de Bancos e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro. Pode-se citar o Itaú, o Bradesco, o Banco do Brasil, o Santander, a Caixa Econômica Federal e o Banrisul como exemplos de instituições financeiras que aderiram ao acordo.

No âmbito do acordo, foi constituída uma convenção processual com intuito de sobrestar as ações judiciais que versavam sobre temas objeto do acordo. Sobre esse aspecto, de especial relevância é a análise da decisão do aditivo do acordo. No termo aditivo, as partes informaram que o número de adesões foi inferior ao inicialmente esperado e, assim, foi prorrogado o prazo para adesão ao acordo em cinco anos. O aditivo aumentou os honorários dos advogados de 10% para 15% do valor pago aos poupadores como forma de estimular a adesão, de acordo com a Advocacia-Geral União. Na decisão do aditivo, foi indeferido pedido de suspensão de todos os processos sobre a matéria. Cabe frisar que os processos em andamento já haviam ficado sobrestados por longo período, antes da decisão do aditivo, mas por determinação do próprio Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁶ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

Quando da análise do acordo, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu, sendo acompanhado pela unanimidade dos integrantes do Plenário do STF, pela impossibilidade da suspensão nacional dos processos. A Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Recurso Extraordinário 626.307/SP, também decidiu pelo indeferimento do pedido de suspensão nacional das ações. Na decisão do aditivo, Lewandowski reiterou a não possibilidade da suspensão, inclusive citando a decisão da Ministra Cármen Lúcia. O Supremo não analisou a questão de forma a reconhecer a cláusula como convenção processual e assim decidir pela necessária observância do limite sugerido, apenas deliberou no sentido de que não seria cabível a suspensão.

Da mesma forma que as partes não podem convencionar sobre os poderes do juiz, como para reduzir sua função de fiscalização, ou afastar a intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica,³⁵⁷ as partes de uma ação coletiva não podem convencionar acerca de situações processuais de terceiros representados em outros processos coletivos ou de indivíduos conduzindo processos individuais.

Não há como se defender a possibilidade de se suspender processos pendentes em que jurisdicionados estão exercendo o seu direito fundamental de ação para os vincular a uma decisão proferida em um processo que não lhes confere o direito de falar e influenciar o julgador. No acordo dos planos econômicos, foi exatamente o que se intentou.

Conclui-se então que configura limite de essencial observância quando da realização das convenções processuais coletivas a impossibilidade de que os efeitos da avença sejam expansivos, ou seja, a impossibilidade de que a convenção firmada no âmbito de uma ação coletiva surta efeitos em outros processos.

Uma análise do acordo supracitado é de especial importância para o presente trabalho. Entende-se que o acordo é passível de inúmeras críticas. Urge se observar, com grande atenção, os possíveis malefícios que dos acordos coletivos podem advir. É imperioso um cuidado extremo em casos como esse, visto que, uma vez firmado o acordo, há afetação na esfera jurídica de incontáveis jurisdicionados.

Em primeiro lugar, lembra-se que o acordo foi firmado através de representantes. Ora, em um caso como este, em que se discute concessões de tamanha envergadura, não se pode defender a não participação dos representados, esses facilmente identificáveis. *In casu*, de acordo com as informações divulgadas pela Advocacia-Geral da União, foram realizadas mais de 50 reuniões para que fosse discutido o acordo. Não foi sequer publicado edital de

³⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 306-307.

convocação para que se permitisse a participação dos poupadores ou interessados. De tal forma, os representados foram alijados do debate por seus representantes. Uma vez vedada a possibilidade de participar do processo e das decisões que vieram a afetar suas próprias esferas de direito, houve violação ao dever de informação adequada em situação jurídica que é regida pelo direito do consumidor. Como frisa Vitorelli, os direitos e interesses de milhões de consumidores foram transacionados sem que lhes tenham sido dadas mínimas informações sobre o que estava sendo feito e de que forma o processo de negociação estava sendo conduzido.³⁵⁸

Ainda, foi alegado que o acordo é opcional e, portanto, o poupador não resta obrigado a aderir, de forma que, se insatisfeito com os termos acordados, bastaria prosseguir com o próprio processo. Esse entendimento não é de todo correto, vez que aos envolvidos nas ações coletivas, o item 9.2 do acordo sugere que essa opção não existe, já que prevê que as ações coletivas que versam sobre o caso serão extintas. Sendo assim, apenas aqueles que propuseram ações individuais têm, verdadeiramente, uma opção. Isso é prejudicial para o processo coletivo, uma vez que fragiliza a confiança na sua efetividade e segurança. Nessa conjuntura, estimula-se a propositura de ações individuais, já que, se o jurisdicionado confiar no processo coletivo, pode-se apreender, do caso concreto, que, no futuro, uma associação pode vir a negociar insatisfatoriamente seus direitos e interesses, e não haverá mais a possibilidade de se propor ação individual em razão da prescrição. Nesse caso, quem confiou no processo coletivo, se insatisfeito com os termos do acordo, nada pode fazer.³⁵⁹

Restam claras as concessões feitas pelos poupadores, em especial: o índice de correção diferenciado e o desconto substancial sobre o resultado da atualização do valor. O mesmo não se pode dizer quanto às concessões feitas pelas instituições financeiras.³⁶⁰ Como se pode perceber, o acordo, que envolve milhões de consumidores, é extremamente problemático. Parece que somente é bom por ser mais do que nada. Depois de tantos anos litigando e

³⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁵⁹ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁶⁰ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

discutindo a mesma questão, resta a sensação de que qualquer valor recebido é melhor que a insegurança de nunca vir a receber o crédito.

A convenção processual que buscou sobrestar os processos que tratam sobre a questão de forma generalizada não foi a única avença processual constituída. Nos termos do acordo, também consta uma convenção processual probatória. Ficou estabelecido que caberá aos poupadores provar a existência do saldo devedor, e não à instituição financeira, ainda que ela seja a detentora natural dessa informação. Ademais, que os bancos não fornecerão aos consumidores quaisquer dados sobre os valores de suas contas. O acordo especifica que é o poupador que deve apresentar ao banco os extratos bancários da época ou a declaração de imposto de renda, para comprovar o saldo. Vitorelli atenta para a dificuldade de se arquivar diligentemente uma declaração de renda por quase trinta anos, e para o absurdo de se impor que o poupador apresente ao banco seus próprios extratos. O banco se resguarda o direito de se beneficiar da hipossuficiência probatória do poupador. Nesses termos, se ele não for capaz de produzir prova acerca do crédito, o banco não o fará.³⁶¹

A convenção desconsiderou por completo um dos direitos basilares previstos pelo Código de Defesa do Consumidor – a inversão do ônus da prova. Ainda, de acordo com o artigo 51 do Código, entende-se que não é possível a constituição de tal avença no âmbito das relações consumeristas quando a convenção vier a onerar o consumidor.

A convenção também desconsidera a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade do poupador comprovar o crédito. Lembra-se que o Código de Processo Civil, exatamente em atenção aos inconvenientes da distribuição estática do ônus da prova como única possibilidade processual, passou a prever a teoria da dinamização do ônus da prova.³⁶² Frisa-

³⁶¹ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁶² O Superior Tribunal de Justiça já admitia a possibilidade ainda antes da vigência da legislação processual civil de 2015, em casos que apresentavam nítida facilidade de produção da prova por uma das partes frente à impossibilidade ou extrema dificuldade da outra. De tal forma, a visão estática do ônus da prova foi sendo gradativamente alterada, por via da jurisprudência e do direito positivo (em 1990, o Código de Defesa do Consumidor passa a prever a possibilidade de inversão do ônus da prova em ações consumeristas, quando presentes os requisitos exigidos pela lei – verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor). Nesses casos, o juiz passou a ter o dever de determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a fim de estabelecer a igualdade material entre as partes. É cabível a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova em situações em que existe condição superior de uma das partes de produzir prova, ou quando há a presença de vulnerabilidade probatória de uma das partes. Dessa forma, quando o juiz constatar que uma das partes se encontra em posição de superioridade em relação à outra, analisando, por exemplo, o papel que a parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; que alguma das partes se encontra na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; ou ainda que uma das partes é a única que dispõe da prova; a dinamização do ônus probatório pode ser configurado, a fim de evitar a formação da *probatio diabólica*. Nessa linha, terá o ônus de provar quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido.

se, ainda, que existe óbice legal para constituição de convenção processual sobre o ônus da prova quando essa tornar impossível ou extremamente difícil o exercício do direito da parte onerada através da convenção. O Código de Processo Civil não prevê parâmetros objetivos para identificação de casos em que se configura uma impossibilidade ou dificuldade probatória. O legislador conferiu ao juiz a tarefa de determinar, através da análise do caso em concreto, se há ou não a impossibilidade ou extrema dificuldade em provar. E é exatamente a impossibilidade ou extrema dificuldade que configura a *probatio diabólica*, e a consequência jurídica certa nesse caso é a invalidade do negócio jurídico processual.

Por todo o exposto, tem-se que se a convenção probatória firmada no acordo em discussão fosse analisada judicialmente, o magistrado deveria determinar sua nulidade. Entende-se, de tal forma, que a avença probatória analisada é de todo criticável, por se calcar na vulnerabilidade dos poupadores, que são consumidores no caso em tela, além de poder facilmente configurar prova diabólica, em situações em que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade em provar o crédito referido.

A observância dos limites sugeridos deve passar pelo crivo do magistrado, que deverá controlar a validade e a aplicação da convenção processual.

4.4 CONTROLE DO ACORDO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Como já exposto, as avenças processuais são plenamente cabíveis no âmbito das ações coletivas que versam sobre direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Contudo, para que consideradas válidas, é necessário que se observe os limites previamente elencados e, em especial, um controle minucioso por parte do magistrado, a fim de que se garanta a adequação do acordo, tendo sempre como ontológico objetivo o dever de concretização dos direitos coletivos.

Sendo assim, é imprescindível verificar em que medida as convenções devem ser consideradas válidas e adequadas. A análise sobre a validade e adequação dos negócios jurídicos processuais, seja ou não no âmbito do processo coletivo, deve ser realizada no caso concreto.³⁶³

Deve o magistrado estar atento a convenções processuais que possam vir a prejudicar a coletividade, como por exemplo (i) as reduções de prazos para manifestações de seus

³⁶³ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 506.

representantes que acabem por inviabilizar a apresentação de provas ou manifestações processuais bem fundamentadas; (ii) as dilações processuais que levem a manobras protelatórias; (iii) as promessas de não processar (*pactum de non petendo*) que afetem os direitos coletivos em jogo; (iv) as restrições de possibilidades de interposição de recursos; (v) a redistribuição do ônus da prova em desfavor da coletividade; (vi) as suspensões de processos, entre outros.

Como já se explicitou, não pode o juiz permitir que os pactos processuais sejam constituídos em detrimento da coletividade, em casos de afetação direta aos direitos e interesses materiais discutidos na ação coletiva, salvo em casos que a convenção seja firmada em correlata ligação a concessões materiais feitas pela parte contrária. De tal forma, o que se busca é a maximização da efetividade da tutela dos direitos coletivos. Se a convenção for, à primeira vista, prejudicial à coletividade, mas dela advir um benefício considerável, quando da análise de seu resultado, a convenção deve ser aplicada.

Como percebe Antonio do Passo Cabral, as convenções processuais podem gerenciar interessante *trade-off* de direitos materiais e processuais.³⁶⁴ Reconhecendo a possibilidade, entende-se que a convenção processual deve ser analisada de forma teleológica. Não se deve apenas observar o resultado processual da convenção, mas o resultado da pactuação na íntegra. Se o acordo tem como cômputo a diminuição de prazos para as manifestações do representante da coletividade, por exemplo, mas em função disso houve concessão material por parte do réu na ação coletiva, a cláusula não deve ser de plano considerada inválida.

Como se sabe, não há nulidade processual sem prejuízo (artigo 282, § 2º, e artigo 283, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015). Não se pode considerar o prejuízo apenas na esfera processual, mas sim um efetivo prejuízo à coletividade resultado da convenção processual. Ora, se a concessão processual foi feita tendo em vista uma concessão material que, no final, é de maior relevância na efetivação do direito coletivo, a convenção deve ser aplicada.

Não há como imaginar que os réus das ações coletivas farão concessões em detrimento de seus interesses sem qualquer tipo de retribuição. Os indivíduos fazem concessões considerando um interesse pessoal por detrás. Portanto, não é cabível um raciocínio superficial e simplista quando da análise do controle da convenção, no sentido de defender a aplicação da convenção quando esta for processualmente benéfica para a coletividade, e a não aplicação quando for processualmente prejudicial à coletividade. Não se pode partir do

³⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

pressuposto de que os réus das ações coletivas farão pactos processuais filantrópicos. Sempre que há convenção, parte-se do princípio de que do pacto advirá benefícios para ambas as partes. Pode uma delas abrir mão de determinada garantia processual tendo em vista uma retribuição material. Os legitimados podem entender que o “sacrifício” na esfera processual tem como resultado um bem maior. É claro que se a concessão processual vier, ao fim e ao cabo, a prejudicar o interesse coletivo, a diminuir a máxima efetivação possível, a convenção deverá ser afastada pelo magistrado.

Também se entende que se a convenção implicar parcial renúncia ao direito material, não deve ser imediatamente considerada inválida. Igualmente nesse caso é necessária uma avaliação do panorama geral resultado da convenção. Se for concluído que a transação veio ao encontro dos interesses dos titulares, deve ser esta considerada adequada e, assim, aplicada pelo juiz.

Como se pode ver, a análise judicial da convenção processual não é tarefa fácil. Antes de invalidar ou afastar a aplicação da convenção processual na ação coletiva, deve o magistrado intimar as partes para que essas se manifestem, com forte no princípio da cooperação. É defeso defender que o juiz deixe de aplicar o acordo processual ou o invalide desconsiderando a participação das partes. O controle judicial deve se dar com efetivo respeito ao princípio do contraditório, cuja observância é obrigatória mesmo nas questões em que o juiz pode conhecer de ofício, de acordo com a legislação processual (artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015).³⁶⁵

Nesse sentido, deve o magistrado possibilitar às partes a manifestação acerca da validade da convenção processual. Não significa que este restará atrelado aos argumentos trazidos pelos legitimados coletivos, senão deve, considerando o dever de cooperação, ouvir ambas as partes a fim de firmar convencimento em contraditório efetivo a respeito da aplicação ou não da convenção.

O controle por parte do magistrado na análise da convenção processual firmada em referência à ação coletiva deve ser muito maior do que o controle exercido em processo individual. No processo individual, a atuação do juiz é reduzida quando da análise da convenção processual. O magistrado tem o dever de fazer cumprir a convenção, visto que é norma processual – de origem convencional. O juiz só pode negar a aplicação do acordo processual em casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando alguma

³⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 289.

das partes se encontre em posição de manifesta vulnerabilidade, de acordo com o §1º do artigo 190 do Código de Processo Civil.

No caso das ações coletivas, a análise judicial deve ser diferente, uma vez que a transação coletiva não vai ser constituída através de obra dos titulares do direito, mas sim por via de representantes, o que urge atenção especial do magistrado para que sejam protegidos os direitos e interesses da coletividade ausente. Nas ações que tratam de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, esse controle também deve ser mais acentuado em função da indisponibilidade do direito. Dessa forma, quando uma convenção processual for firmada no âmbito de uma ação coletiva, o juiz deve analisar também o conteúdo do acordo.

Entende Bruno Garcia Redondo que as convenções processuais devem, no geral, passar por exame judicial em que o magistrado avalia o conteúdo do acordo à luz da proporcionalidade, a fim de que se verifique se a convenção traz mais vantagens ou desvantagens para a marcha processual.³⁶⁶ Não se defende, no presente trabalho, que todas as convenções devem passar por esse exame, contudo, quando as avenças forem firmadas em referência a ações coletivas, o exame é imprescindível. Nesses casos, o magistrado também deve analisar as vantagens ou desvantagens para a própria tutela do direito material.

Ainda, de acordo com Adriano Soares da Costa, deve o magistrado realizar um controle de qualidade do acordo, de forma a analisar a eficiência, a conveniência, a necessidade, a proporcionalidade e a razoabilidade do acordo.³⁶⁷ Cabe lembrar da necessária análise da representação adequada dos legitimados coletivos no momento das negociações processuais. Como se defendeu anteriormente, cabe ao magistrado controlar a presença de tal requisito, e, em caso de ausência deste, deixar de aplicar a convenção. A adequação da representação deve ser minuciosamente analisada.

Na decisão do aditivo do acordo dos planos econômicos previamente mencionada, o Ministro Lewandowski declarou que, uma vez que o aditivo foi firmado “por entidades com um relevante histórico de defesa dos interesses de seus associados e com notório interesse e participação em ações coletivas relativas ao tema dos planos econômicos” não haveria que se falar em representatividade inadequada. Tal análise é extremamente superficial e insuficiente. Pouco importa que determinada associação tenha considerável história na defesa de interesses

³⁶⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 31.

³⁶⁷ COSTA, Adriano Soares. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. **Revista de Processo**. vol. 270/2017. p. 19 – 56.

coletivos. Se a atuação em específica negociação veio de encontro aos interesses dos associados, não se pode entender que houve representação adequada.

Por todo o exposto ao decorrer do presente trabalho, incontestáveis são os benefícios advindos da cooperação entre as partes, da autocomposição, da negociação processual etc. Não se nega a importância de tais instrumentos na resolução de conflitos coletivos, muito pelo contrário, essas técnicas devem ser não apenas admitidas, mas incentivadas. Contudo, não se pode defender a autocomposição a qualquer custo. Não se pode defender a possibilidade de configuração de transações coletivas que afetarão milhares ou até milhões de pessoas sem meticolosa análise dos efeitos do acordo para a coletividade, dos benefícios ou desvantagens, das concessões feitas pelos convenientes, da adequada representação da coletividade ausente, do conteúdo do acordo, e da observância dos devidos limites. Análises judiciais superficiais e simplistas dos critérios mencionados devem ser repudiadas.

Faz-se imperioso que sejam utilizados instrumentos que protejam os direitos dos membros ausentes e garantam que os interesses da coletividade sejam levados em consideração e adequadamente representados durante a negociação do acordo. Para estabelecer parâmetros no momento dessa análise, a presente pesquisa se utiliza de respostas encontradas por meio de estudo de direito comparado, mais especificamente, do direito norte-americano, quando da realização de acordos no âmbito das *class actions*. Frisa-se que os acordos analisados do direito estadunidense se tratam de acordos quanto ao mérito do processo. Contudo, em função das razões a seguir, os parâmetros utilizados no controle judicial dos referidos acordos servem como pontos de analogia no momento da análise das convenções processuais nas ações coletivas brasileiras.

Em primeiro lugar, em função da larga utilização de acordos no direito processual civil americano. Aponta Antonio Gidi que, nos Estados Unidos, a maioria dos conflitos é encerrada através de acordo, e que as ações coletivas não são uma exceção a essa realidade.³⁶⁸ Em segundo lugar, porque mesmo o direito norte-americano sendo baseado em uma ideologia extremamente liberal e individualista e, por conseguinte, o juiz não analisa o conteúdo dos acordos realizados entre as partes nas ações individuais,³⁶⁹ no contexto das ações de classe, a situação é diferente. Para que o acordo produza efeitos *erga omnes* nas *class actions*, é

³⁶⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 306-307.

³⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

necessária sua aprovação por parte do juízo,³⁷⁰ que deve analisar se a avença é justa, adequada e razoável, como dispõe a *Rule 23 (e)(1)(A)* da *Federal Rules of Civil Procedure*.³⁷¹ Defende-se uma aplicação analógica do exposto no que tange às convenções processuais, ou seja, quando firmadas em processos individuais, o juiz não deve analisar o mérito e a convencionalidade do acordo, apenas afastar aplicação nos casos previstos em lei. De outro giro, se a convenção for firmada para surtir efeitos em ações coletivas, deve a avença ser analisada formal e materialmente pelo juiz.

Nos Estados Unidos, o controle por parte do Poder Judiciário é fundamental para assegurar que o acordo seja vantajoso para aqueles que não participaram da sua formação diretamente.³⁷² Para que considerados os interesses coletivos e se garantam as vantagens do acordo, a lei condicionou a validade de qualquer acordo obtido em uma ação coletiva à aprovação dos seus termos pelo juiz.³⁷³ Cabe ao magistrado observar deveres de controle e de proteção dos interesses dos membros ausentes. Nesse contexto, o juiz é considerado o guardião dos interesses do grupo, e sua responsabilidade com os membros ausentes é substancial.³⁷⁴

Uma vez que a coletividade lesada não está diretamente presente em juízo, um elemento importantíssimo que deve passar pelo crivo do órgão jurisdicional é a adequada representação dos interesses das partes envolvidas,³⁷⁵ pressuposto esse já previamente analisado. O escrutínio judicial no que tange aos acordos (*settlements*) nas *class actions* é a maior salvaguarda contra a inadequada representação dos membros ausentes.³⁷⁶ Como já exposto, na falta desse elemento, a convenção não deve ser considerada adequada, devendo, de tal forma, o juiz a considerar nula e afastar sua aplicação.

³⁷⁰ TESHEINER, José Maria; PORTO, Guilherme Athayde. Ações de classe nos estados unidos da américa do norte: histórico, características, o *cafa (class action fairness act of 2005)* e a ação ajuizada contra a petrobrás na corte de New York. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 93-116, set. 2016.

³⁷¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 256, p. 371-409, jun. 2016.

³⁷² PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

³⁷³ MACEY, Jonathan R; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. **Journal of Legal Analysis**. Winter 2009: Volume 1, Number 1. p. 167-205.

³⁷⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 310.

³⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 55-56.

³⁷⁶ MACEY, Jonathan R; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. **Journal of Legal Analysis**. Winter 2009: Volume 1, Number 1. p. 167-205.

Não há previsão legal de fatores específicos que devem ser utilizados pelos juízes no momento de analisar os acordos firmados nas *class actions*. Os fatores utilizados pelos juízes no momento da aprovação ou não do acordo são incertos e ambíguos. Contudo, Antonio Gidi apresenta alguns critérios que são utilizados por parte do magistrado no momento da homologação do acordo, tais como a complexidade do caso; o custo e a duração do processo; eventuais objeções por parte dos membros ausentes e os motivos dessas objeções; a adequação da representação; os benefícios e as vantagens oferecidas para a coletividade; a importância para o grupo de uma rápida solução para a controvérsia; a dificuldade de estabelecer a responsabilidade do réu ou de provar os danos sofridos; e a probabilidade de procedência da ação coletiva. A decisão do juiz deve analisar todas essas situações e, por fim, decidir pela adequação ou não do acordo, de forma pormenorizada.³⁷⁷ Há uma faixa de razoabilidade dentro da qual o acordo pode ser considerado adequado, assim como deve se dar a avaliação judicial da convenção processual.

Nos Estados Unidos, quando se trata de ações coletivas, é pacífico na doutrina e na prática dos tribunais que é dever do magistrado manter um papel ativo na fiscalização das negociações entre as partes. Essa participação o mantém devidamente informado, o que o auxiliará a decidir sobre a adequação do acordo.³⁷⁸

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior apontam pela necessidade de um controle judicial das negociações coletivas no Brasil, uma vez que evidenciado o interesse público que envolve o dano coletivo considerado pela pactuação, o que torna imprescindível a atuação do juiz no sentido de examinar o conteúdo do acordo.³⁷⁹

Nos Estados Unidos, também existe previsão legal no sentido de que, antes da homologação judicial do acordo, seja possibilitado aos membros ausentes a apresentação de objeções à proposta.³⁸⁰ Tal previsão oportuniza a participação daqueles que são os verdadeiros titulares do direito. Uma vez que o acordo coletivo vinculará uma inteira coletividade, não há dúvidas que é necessária a observância de um verdadeiro “devido processo na formalização dos acordos coletivos”, o que envolve a análise da representação adequada do legitimado e,

³⁷⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 322-324.

³⁷⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 337-339.

³⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 54.

³⁸⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 327-332.

em certos casos, a oportunização de participação de terceiros interessados, em especial, dos titulares do direito transacionado.³⁸¹

As medidas e as ferramentas que devem ser utilizadas para o magistrado averiguar a adequação ou não do acordo deve considerar a complexidade do caso, o número de pessoas lesadas, a relevância do direito coletivo em discussão, a afetação decorrente da convenção do direito material, entre outros fatores. Oportunizar a manifestação dos titulares do direito deve levar também em consideração a dificuldade ou facilidade de notificar os interessados, o número de lesados e a consequência prática da aplicação da convenção. O acordo processual que pretendeu suspender os processos que tratavam dos expurgos inflacionários previamente analisado, por exemplo, é uma convenção que poderia admitir a manifestação dos titulares do direito – estes não apenas identificáveis, mas já identificados (as partes nos processos cuja suspensão se pretendia). Em um caso como esse, em que a convenção tem como resultado uma afetação generalizada tão intensa, como não haver notificação dos titulares e interessados para que possam se manifestar a respeito? Como já demonstrado, a convenção processual não pode ter efeitos expansivos, no sentido de afetar outros processos, individuais ou coletivos. De toda a forma, quando a convenção afetar um grupo de pessoas, identificadas ou facilmente identificáveis, como é o caso de muitas coletividades envolvidas em ações coletivas, em determinadas situações, a oportunidade de manifestação é cabível.

Não é apropriado e conveniente a notificação dos titulares para manifestação acerca de qualquer convenção processual firmada no âmbito de uma ação coletiva. Essa necessidade/possibilidade deve ser verificada de forma casuística.

Se o magistrado julgar cabível a oportunização de manifestação, pode inclusive realizar audiência pública para este fim, como sugere a experiência norte-americana,³⁸² para que os interessados possam ser ouvidos. Acredita-se que são raras as convenções processuais que abrem espaço para oportunização de fala dos titulares. Entende-se também que, dependendo do efeito da convenção, pode o magistrado ouvir entidades civis, associações, interessados e até *amici curiae*.

A notificação para manifestação dos titulares acerca da questão configura uma possibilidade, e não uma necessidade. Quando oportuna, o objetivo da notificação será informar os membros ausentes sobre a convenção processual que afetar de forma direta seus próprios interesses a fim de possibilitar que esses apresentem, se entenderem cabível,

³⁸¹ FACHINELLO, João Antonio. Acordos e tutelas coletivas: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Processual**, v. 10, p. 85-112, mês. 2019.

³⁸² GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

objeções à constituição. Sendo o caso, deve o juiz analisar as objeções quando da decisão sobre a adequação ou não do acordo.

A normativa processual estadunidense prevê a obrigatoriedade de audiência especial (*fairness hearing*) para oportunizar esse espaço para manifestação dos interessados. Na prática norte-americana, os advogados das partes realizam exposição dos motivos pelos quais o acordo é adequado e merece ser aprovado, e, posteriormente, é aberto debate para pessoas interessadas. Nesse momento, o magistrado ouve eventuais objeções, e decide se aprova os termos do acordo. Os membros do grupo e interessados têm direito de serem ouvidos na audiência, interrogar testemunhas, peritos ou advogados, e apresentar provas e argumentos em favor de suas posições.³⁸³ Para que isso seja possível, o tribunal dá conhecimento do conteúdo da transação a todos os potenciais interessados ou atingidos pela conduta ilícita objeto da ação a fim de que estes tenham prévio conhecimento acerca das negociações entre os litigantes.³⁸⁴

A conveniência da utilização de ferramentas como a audiência pública ou outras formas de possibilitar a manifestação dos interessados deve ser aferida no caso concreto, assim como a adequação e a validade da convenção.

Como se sabe, as convenções processuais independem, em geral, de homologação judicial.³⁸⁵ Assim dispõe o Código de Processo Civil quando prevê, em seu artigo 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. De tal forma, inexistente ingerência judicial sobre as convenções processuais autorizadas pelo artigo 190.³⁸⁶ Contudo, concluiu-se que as convenções processuais firmadas em referência a ações coletivas constituem exceção. Nesses casos, além do controle de validade da convenção, este legalmente previsto, deve o magistrado ir além, e analisar fatores próprios do acordo processual coletivo (como a adequação da representação) e o conteúdo do acordo. Esse exame judicial, nas ações coletivas, considerando a necessidade da máxima tutela do direito coletivo, deve acontecer de ofício.

Os parâmetros de controle e os mecanismos sugeridos pela experiência norte-americana dariam novo fôlego à tutela coletiva, ampliando notadamente as possibilidades de uma transação processual segura e eficiente. Dessa forma, só devem ser considerados válidos

³⁸³ *Ibid.*, p. 332-337.

³⁸⁴ VERBICARO, Dennis. Resgatando a importância da transação coletiva de consumo no Brasil. **Revista Jurídica**. v. 3, p. 94-117. 2017.

³⁸⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. in CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁸⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, autonomia e convenções processuais. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 41.

e eficazes os acordos processuais quando homologados judicialmente, após realizado escrutínio por parte do magistrado a fim de que sejam protegidos os direitos e interesses da coletividade, tal como ocorre na prática estadunidense no que tange à validação dos acordos no contexto das *class actions*.

Como demonstrado no capítulo anterior, as convenções processuais podem versar sobre aspectos meramente formais ou procedimentais ou sobre situações processuais mais completas, envolvendo ônus, deveres, faculdades e poderes. Desta feita, a convenção processual pode vir a afetar diretamente a esfera de direitos materiais dos titulares ausentes. Se a convenção tiver efeitos grandiosos, que afetam de maneira substancial o direito de toda uma coletividade, o juiz deve poder contar com a possibilidade de requisitar a opinião e participação de especialistas. Conforme anteriormente defendido, também pode, nessas situações excepcionais, ouvir os próprios titulares do direito ou *amici curiae*

Concluiu-se, por fim, que em sendo esse o caso, o magistrado poderá decidir por convocar estes entes interessados a comparecer em determinada audiência, momento em que poderá tratar de negociações processuais. Para que sejam possíveis referidas intervenções, a audiência deverá ser pública.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como escopo principal analisar o cabimento da inserção das convenções processuais no âmbito das ações coletivas e, em sendo possível, quais os pressupostos e limites que devem ser observados para que as avenças processuais coletivas sejam consideradas válidas e quais são os critérios que devem passar pelo escrutínio judicial no momento do controle de validade das convenções.

Cabe trazer algumas conclusões obtidas durante o desdobramento da pesquisa, que se estruturou em três capítulos de desenvolvimento.

No capítulo primeiro, analisou-se a classificação tripartida dos direitos e interesses transindividuais em espécie adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são três as espécies do gênero direitos coletivos: (i) os direitos difusos; (ii) os direitos coletivos *stricto sensu*; e (iii) os direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são aqueles cujos titulares são indeterminados e indetermináveis. São as circunstâncias de fato, e não a existência de uma relação jurídica base, que estabelecem a ligação entre as pessoas difusamente consideradas. São transindividuais e de natureza indivisível, por pertencer a todos indistintamente, o que significa que o bem jurídico protegido pelo direito difuso não pode ser cindido.

São direitos coletivos *stricto sensu* os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No caso dos interesses coletivos em sentido estrito, o grupo é de pessoas determinadas ou determináveis, porque conhecida a relação jurídica que as vincula entre si ou com a parte contrária.

Os direitos individuais homogêneos têm seus titulares determinados. O nexos entre os titulares dos direitos individuais homogêneos e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica, seja ela um fato, ato ou contrato, que tenha origem comum para todos. O bem jurídico protegido pelo direito individual homogêneo é divisível. Cabe lembrar que os direitos individuais homogêneos não são essencialmente coletivos, apenas acidentalmente coletivos, em função da possibilidade de serem tutelados coletivamente.

Desta feita, os dois primeiros se aproximam em função de sua indivisibilidade, diferenciando-se quanto à titularidade, que é indeterminada nos direitos difusos e determinada ou determinável nos coletivos *stricto sensu*. Ainda, os titulares dos direitos difusos são ligados por circunstâncias de fato, enquanto os dos direitos coletivos *stricto sensu* se ligam entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Conquanto tenham os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito pontos de contato, pode-se também afirmar que há, entre os últimos e os direitos individuais homogêneos, uma característica em comum. É que tanto os direitos coletivos *stricto sensu* quanto os individuais homogêneos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ou determinadas.

O sistema brasileiro prevê diferentes formas de tutela jurisdicional voltadas a situações jurídicas coletivas. Além das ações coletivas, constata-se a existência de ações pseudoindividuais; julgamentos de casos repetitivos – entre estes, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinários e especiais repetitivos; e o julgamentos de causas e questões objetivas de efeito vinculante. A presente pesquisa teve como enfoque as ações coletivas.

Isto posto, reconhece-se um microsistema processual coletivo no Brasil, que compreende diversas leis que tratam sobre direitos coletivos e aspectos processuais atinentes à defesa desses direitos. Destacam-se a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor como diplomas normativos centrais do microsistema. Nesse sentido, a normativa, ainda não organizada conjuntamente em um Código ou capítulo específico na legislação processual civil, deve ser interpretada de forma sistemática, considerando os princípios e aspectos próprios que envolvem a tutela coletiva e que diferem sobremaneira do processo individual.

As principais ações coletivas no ordenamento brasileiro concentram: (i) a ação popular; (ii) a ação civil pública; e (iii) a ação civil coletiva.

A ação popular, no Brasil, foi o instrumento pioneiro de tutela coletiva. Prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, tem como objeto a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, compreendidos como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, a moralidade administrativa e o meio ambiente. Qualquer cidadão está legitimado para a propositura da ação popular, sendo obrigatória a participação do Ministério Público. A coisa julgada, no âmbito da ação popular, é *erga omnes*, exceto no caso de improcedência por falta de provas. Ainda, resta o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

A ação civil pública, por sua vez, encontra previsão constitucional no artigo 129, III. A legitimação ativa abrange o Ministério Público; a União; os Estados; o Distrito Federal; os Municípios; as autarquias; as empresas públicas; as fundações ou sociedades de economia mista; as associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e as defensorias públicas. Ao Ministério Público também incumbirá atuar como *custos legis*; ou encampar a ação em hipóteses de desistência ou abandono. Em relação à coisa julgada, será formada a depender de o conjunto probatório ter possibilitado uma cognição exauriente ou

não. Dessa forma, caso a improcedência se dê em virtude da falta ou insuficiência de provas, a sentença não será acobertada pela autoridade da coisa julgada. A coisa julgada na ação civil pública é *erga omnes*. Podem ser objeto de ação civil pública as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a interesses difusos ou coletivos; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social. Foi a ação civil pública que tornou concreta, no sistema pátrio, a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

A ação civil coletiva foi implementada pela legislação consumerista e se destina à defesa coletiva do consumidor. É cabível nos casos de responsabilidade por danos e de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços. A decisão final vincula o grupo quando for favorável.

Foi através do microssistema processual coletivo que foram adaptados institutos processuais para que condizentes às peculiaridades da tutela coletiva. Dentre estes a legitimidade, que passou a ser extraordinária, em contraponto à ordinária, cabível no processo individual, e a coisa julgada – *erga omnes* quando a decisão for tomada no âmbito de ação que objetiva a tutela de direitos difusos; *ultra partes* nas ações que envolvem direitos coletivos *stricto sensu*, podendo, em ambos os casos, quando julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas, ajuizar-se nova ação com base em prova nova, o que configura a coisa julgada *secundum eventum probationis*. Quanto às ações que buscam a tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas quando o pedido for julgado procedente, de forma a beneficiar a coletividade, configurando então a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto à participação e representação nas ações coletivas, nota-se que se fez necessária a materialização da legitimação extraordinária, que rompeu com a técnica da legitimação ordinária utilizada nas ações individuais. A legitimidade ativa nas ações coletivas foi atribuída a representantes previstos de maneira expressa na legislação. Os legitimados atuam por substituição processual, vez que agem em nome próprio na defesa de direitos alheios.

A legitimação nas ações coletivas é caracterizada como concorrente e disjuntiva. Diz-se concorrente uma vez que mais de um sujeito está autorizado à propositura da ação coletiva; e disjuntiva, visto que os legitimados podem propor a ação coletiva independente de anuência,

intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo.

Quanto à representatividade adequada, tem-se que, considerada a possibilidade de o representante ter legitimidade legal prevista, mas não atuar, no caso concreto, com a diligência e qualidade requeridas por uma ação coletiva, é necessário que se permita ao magistrado um controle casuístico da representação.

Por fim, frisa-se: para que as associações possam atuar com legitimidade coletiva, é necessário que dentre suas finalidades institucionais conste a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Esse requisito diz respeito à chamada pertinência temática, que prima por garantir uma representação adequada do grupo ausente na ação coletiva, porquanto existente vinculação entre a finalidade institucional da associação e os direitos que serão objeto de tutela jurisdicional.

No segundo capítulo, apurou-se os principais aspectos atinentes às convenções processuais. Concluiu-se que a pactuação processual busca a adaptação do procedimento levando em conta as particularidades da causa, visando à máxima eficiência e efetividade da tutela jurisdicional. O processo convencional possibilita soluções mais adequadas ao caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê dispositivos que visam a prestigiar o princípio da autonomia da vontade e da cooperação processual. De grande relevância nesse contexto é a sistematização legal das possibilidades de constituição das convenções processuais. O permissivo legal se baseia na faculdade que deve se dar às partes de delinear o destino que pretendam dar à lide.

Os novos espaços conferidos à autonomia da vontade das partes no instrumento legal fazem surgir uma autêntica plataforma processual para a construção de procedimentos diferenciados. Nesses termos, a cláusula geral de convencionalidade prevista pelo artigo 190 da legislação processual civil prevê exatamente que o procedimento pode ser conformado por obra cooperativa e conjunta da vontade das partes.

A definição exata de convenção processual ainda é controversa na doutrina brasileira, em especial pelo grande número de critérios utilizados na conceituação, como a sede em que celebrado o negócio, os sujeitos que convencionam, os efeitos ou objetos do acordo, entre outros.

Adotou-se, no presente trabalho, o conceito que leva em conta os efeitos da convenção. Nesses termos, a convenção processual é o negócio jurídico processual formado

por duas ou mais partes, que tem como objetivo a produção de um efeito tido como processual. A convenção busca a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou a alteração do procedimento.

A convenção processual é um negócio processual, por isso tem natureza de negócio jurídico. Isto posto, tem-se como requisitos de existência, na convenção processual: a declaração de vontade das partes; a finalidade negocial e a idoneidade do objeto. Como requisitos de validade: a capacidade dos agentes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

O negócio processual é um fato jurídico voluntário, e se presta a atribuir às partes o poder de regular, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

Na doutrina brasileira, o tema das convenções processuais passou a ser tratado de forma mais intensa a partir de meados da década passada. A evolução teórica desenvolveu base que impactou a tramitação do Código de Processo Civil de 2015, que veio de forma a consolidar a autocomposição, a incentivar as soluções cooperativas e negociadas no processo, e, além de manter os acordos processuais já previstos na legislação processual brasileira (eleição de foro, suspensão convencional do processo, convenção sobre distribuição do ônus da prova etc.), introduziu uma cláusula geral de convencionalidade processual. Dessa cláusula podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos.

Quanto aos limites que devem ser observados no momento da pactuação processual, concluiu-se que não se logrou ainda unanimidade na fixação de tais critérios na doutrina brasileira. Defendeu-se a utilização dos seguintes limites: o respeito à reserva de lei para a norma processual; a necessidade de observância da boa-fé, da cooperação e da isonomia entre os convenentes; a vedação de transferência de externalidades; a garantia ao núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais e, em sendo o caso, a observância de limites específicos para determinadas convenções processuais típicas.

Por fim, analisou-se a eficácia das convenções processuais no panorama geral, o qual prevê que tão logo sejam celebradas, atingem os efeitos pretendidos pelas partes, não dependendo de manifestação, intermediação ou aprovação de nenhum outro sujeito.

No último capítulo, pretendeu-se demonstrar a principal hipótese do trabalho. Pôde-se concluir que o incentivo às soluções consensuais e negociadas ampliou o espaço de convencionalidade não apenas nas ações individuais, mas também no âmbito das ações coletivas. As negociações processuais nesse contexto são de grande valia, em especial quando considerada a complexidade dos litígios coletivos. O procedimento que busca tutelar direitos

transindividuais deve ser o mais adequado possível às particularidades do caso concreto, tendo sempre em vista a primazia pela máxima efetividade da tutela coletiva.

As discussões acerca da possibilidade ou da impossibilidade de constituição de avenças processuais no âmbito das ações coletivas têm como ponto de partida a previsão estabelecida no *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe que será lícito às partes plenamente capazes estipularem mudanças no procedimento e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, se este versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Destaca-se: não se fala em direitos indisponíveis, mas direitos que podem ser submetidos à autocomposição. Considerada a problemática da dificuldade de se demonstrar um significado uniforme de interesse ou direito indisponível – em função dos diversos critérios utilizados na doutrina e na jurisprudência; o fato de que a indisponibilidade não é conceito absoluto, mas abstrato e indeterminado; a grande flexibilização acerca do conceito atualmente; e, primordialmente, ao fato de que é cabível a autocomposição no âmbito dos litígios que envolvem direitos coletivos, mesmo quando estes forem indisponíveis (direitos difusos e coletivos em sentido estrito), não se pode defender a vedação do uso das convenções processuais nas ações coletivas.

Atualmente, pode-se afirmar que os direitos indisponíveis podem ser transacionados e que apresentam graus de disponibilidade. Alguns instrumentos legais que versam sobre direitos coletivos inclusive preveem a negociação do próprio direito material, como é o caso do termo de ajustamento de conduta.

A negociação vem ganhando espaço em áreas que antes pareciam completamente infensas à ideia da autocomposição, como nas ações que versam sobre improbidade administrativa e nas ações penais.

Pode-se concluir que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não deve ser óbice para a realização das convenções processuais nas ações coletivas que tutelam tais direitos. Nesse sentido, o Enunciado 225 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece exatamente que “é admissível a celebração de convenção processual coletiva”, e o Enunciado 135 que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Também nesse contexto a elaboração da resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, que inseriu as convenções processuais como um dos instrumentos de autocomposição cuja aplicação passa a ser recomendada aos Promotores e Procuradores de todo o país, no âmbito dos processos individuais e coletivos em que atuam.

A pactuação processual deve ser cabível nas ações que tratam dos direitos coletivos *lato sensu*: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Defender que as avenças processuais somente devem ser admitidas em ações individuais é andar na contramão das garantias processuais fundamentais conferidas pela Constituição Federal, como o acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva.

Uma vez reconhecida a possibilidade de negociação processual nas ações coletivas, passou-se a analisar os requisitos e limites para que a convenção, nesse contexto, seja considerada válida.

Como requisitos para sua implementação, atuam a legitimação do substituto processual e a pertinência temática no que diz respeito ao direito material tutelado pela ação coletiva cujos efeitos ou o procedimento se busca adaptar; e a representatividade adequada durante a negociação do acordo.

Qualquer legitimado para a propositura das ações coletivas pode não demonstrar, no caso concreto, que está adequadamente representando os interesses da coletividade lesada no momento do ato convencional, e é em função disso que se entende necessária a possibilidade de o juiz avaliar, caso a caso, a presença ou não da representatividade adequada no momento da pactuação processual coletiva.

O parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil estabelece que, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade. Sendo assim, quando o magistrado decidir pela inadequada representação dos interesses da coletividade por parte dos legitimados coletivos no ato convencional processual, deve o juiz considerar que houve nulidade na constituição da avença e, assim, negar sua aplicação.

A capacidade das partes, mencionada pelo próprio artigo legal como requisito para constituição do acordo processual, no âmbito das ações coletivas está diretamente relacionada com a representatividade adequada do legitimado coletivo. Nas ações coletivas, só haverá capacidade para negociar aspectos processuais o representante que for considerado adequado para tutelar os interesses do grupo ou da sociedade atingida ou ameaçada no momento da constituição da avença processual.

Quanto aos limites específicos que devem ser observados para que seja válida a constituição da avença no âmbito das ações coletivas, tem-se como primordial que o acordo processual não poderá dispor de aspectos centrais que compõem o direito coletivo objeto do processo; a impossibilidade de que a convenção tenha como consequência o prejuízo da tutela

do interesse coletivo e que tenha efeitos expansivos, ou seja, que afetem outros processos, coletivos ou individuais.

Por fim, concluiu-se que é necessário um controle judicial rigoroso das convenções processuais nas ações coletivas. Para que se garanta a adequação do acordo e o dever de concretização dos direitos coletivos, deve o magistrado controlar a constituição da convenção processual nas ações coletivas. Não pode o juiz permitir que os pactos processuais sejam constituídos em detrimento da coletividade. Certo é que o controle por parte do magistrado na análise da convenção processual firmada em referência a processo coletivo deve ser muito maior do que o controle exercido em processo individual. No processo individual, a atuação do juiz é reduzida quando da análise da convenção processual.

Dessa forma, concluiu-se que só devem ser considerados válidos e eficazes os acordos processuais nas ações coletivas quando homologados por parte do juízo, após realizado escrutínio por parte do magistrado a fim de que sejam protegidos os direitos e interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, João Batista de. A ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, p. 88-97, abr. 2000.

ALVIM, José Manuel Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 30, p. 103-135, jul. 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AUAD FILHO, Jorge Romcy. Habeas data: instrumento constitucional em defesa da cidadania. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14810/habeas-data-instrumento-constitucional-emdefesa-da-cidadania>. Acesso em 10 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. v. 12. São Paulo: Dialética, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1957-1981, ago. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 1.134, de 14 de Junho de 1950. Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 jun. 1950.

BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de Abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados (revogada pela Lei nº 8.906/94). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 mai. 1963.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1934.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov. 1937.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2003.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de Outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 out. 1989.

BRASIL. Lei nº 7.913, de 7 de Dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1989.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.671, de 15 de Maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mai. 2003.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 21 de Julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jul. 2014.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, p. 92-151, abr. 1996.

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 (Coord.). **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Coleção novo CPC doutrina selecionada: parte geral.* Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianópolis, v. 3, p. 18-35, jan. 2017.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC.** Do estático ao dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation.* **Harvard law review**, Boston, v. 89, n. 7, p. 1281-1282, maio 1976.

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

COSTA, Adriano Soares. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. **Revista de Processo**. vol. 270/2017. p. 19 – 56.

COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e o litisconsórcio – O Projeto de Lei n. 5.139/2009. *In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 217, p. 243-255, jan. 2018.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 77, p. 224-235, jan. 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário processual: negócio típico previsto no artigo 191 do CPC. *In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIOANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). Negócios Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In: Congresso Peru-Brasil De Direito Processual*, Lima, 2014. Disponível em: www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em: 28 jul. 2016.

DI SPIRITO, Marcos Paulo Denucci. Controle de formação e controle do conteúdo do negócio jurídico processual. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 63, p. 125 - 193, jul. 2015.

DIAS, Handel Martins; XAVIER, José Tadeu Neves; SOUZA, Marina Gomes de. A legitimidade ativa do Ministério Público no mandado de segurança coletivo. *In: III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*, 2019, Porto Alegre. **Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: Fundação Ensino Superior do Ministério Público, 2018. v. 1. p. 143-168.

DIAS, Licínia Rossi Correia. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 60, p. 161-176, jul. 2007.

DIDER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 279, p. 41-66, maio. 2018.

DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 256, p. 209-218, jun. 2016.

DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle judicial da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC (LGL\1990\40)). *In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coords.). Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 275, p. 139-228, jan. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 232, p. 69-76, jun. 2014.

DIDER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 229, p. 273-280, mar. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Tutela jurisdicional dos direitos e interesses coletivos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 183-195, abr. 1994.

DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, Andre Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1641-1673, ago. 2015.

FACHINELLO, João Antonio. Acordos e tutelas coletivas: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Processual**, v. 10, p. 85-112, mês. 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos políticos e mandado de segurança coletivo. **Doutrinas essenciais de processo civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 247, out. 2011.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 789, p. 745-758, jul. 2001.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coords.). **Coleção Repercussões no Novo CPC: Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, p. 61-70, out. 2002.

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

GIDI, Antonio. La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo. *In*: _____; MacGregor, Eduardo Ferrer (orgs.). **Procesos colectivos – La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspective comparada**. México: Porrúa, 2004.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *In*: FREIRE, Alexandre (Org.) **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 641, p. 84-87, mês. 1989.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out. 2007.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out/2008.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**. Primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, São Paulo, v. 361, p. 3-12, maio. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.136, p. 249-267, jun. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo processo do consumidor**. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo autoritário e regime liberal. **Revista forense**, Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, v. 37, p. 243–248, abr. 1940.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 273, p. 69-93, nov. 2017.

MACEY, Jonathan R; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. **Journal of Legal Analysis**. Winter 2009: Volume 1, Number 1. p. 167-205.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre (Org.) **Novas tendências do processo civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil.** v. II. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. *In:* DIDIER JÚNIO, Fredie. (Org.). **Ações constitucionais.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação civil pública. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 690, p. 277-279, abr. 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. **Revista de Processo,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 125, p. 9-14, jul. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. **Revista de Processo,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 958, p. 331-362, ago. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e Enunciados das Jornadas do CJF.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 209, p. 243-264, jul. 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória jurídica, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 61, p. 187-200, jan. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 77, n. 276, p. 1-6, out. 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v. 3, n. 9, p. 41-55, set. 1969.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, p. 182-191, out. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In **Temas de Direito Processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? In: **Temas de direito processual**. 7 série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR. Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 399-423, fev. 2015.

MULLER, João Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. Teoria e Análise de casos práticos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NETO, Ary Azevedo Franco. Mandado de segurança coletivo - legitimação das entidades associativas para a defesa de interesses coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 677, p. 7-12, mar. 1992.

NETO, Delosmar Domingos de Mendonça; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 272, p. 419-439, mês. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: uma análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 217, p. 75-120, mar. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das críticas das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

PIMENTEL, Alexandre Freire; VASCONCELOS, Dimitri de Lima. Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material. **Revista dos Tribunais Nordeste**, v. 4, p. 53-67, mar. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/15 e da lei da mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, mês. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *In*: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco; **Temas de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 256, p. 371 - 409, jun. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 118-148, maio. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 73, p. 107-144, ago. 2016.

PINTO, Marcos Vinícius. **O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva**. 2014. 245 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2002.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RETES, Tiago. **Convenções processuais sobre recursos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, Tatiana Simões dos. **O processo Civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia provada em matéria processual**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. Parecer em consulta realizada pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2015. 28.p.

SCHULZE, Martin. Ação civil pública. Plano diretor. Criação de regime urbanístico para áreas de 7 interesse cultural através de decreto. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 49, p. 351-359. 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. Da legitimação extraordinária, inclusive na constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 64, p. 80-91, out.1991.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Cidade, v. 1, n. 4, p. 23-51, out. 2006.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Ações constitucionais**. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 128, p. 59-78, mês. 2005.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 241, p. 337-358, mar. 2015.

TALAMINI, Eduardo. O processo do habeas data: breve exame. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1737-1749, ago. 2015.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 739-745, out. 2011.

TESHEINER, José Maria. Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos stricto sensu. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 228, p. 241-256, fev. 2014.

TESHEINER, José Maria; PORTO, Guilherme Athayde. Ações de classe nos estados unidos da américa do norte: histórico, características, o *cafa* (*class action fairness act of 2005*) e a ação ajuizada contra a petrobrás na corte de New York. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 93-116, set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 1817-1843, ago. 2015.

TOSCAN, Anissara. Contraditório e representação adequada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 191-220, fev. 2015.

VARGAS, Sarah Mercon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Dissertação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

VERBICARO, Dennis. Resgatando a importância da transação coletiva de consumo no Brasil. **Revista Jurídica**. v. 3, p. 94-117. 2017.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. A importante função das convenções processuais na mudança da cultura do litígio: a interligação entre consensualidade e convencionalidade. **Revista dos estudantes de direito da UNB**, Brasília, n. 13, p. 281-304, dez. 2017.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008.

VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 18 out. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
. *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.) **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Marcio Louzada. (Coords.) **Visões críticas do processo civil brasileiro**: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tescheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.