

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

INGRID PANTOJA PEREIRA BOTELHO

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

INGRID PANTOJA PEREIRA BOTELHO

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Osna

Porto Alegre

2021

Ficha Catalográfica

B748c Botelho, Ingrid Pantoja Pereira

As convenções processuais na tutela coletiva / Ingrid Pantoja
Pereira Botelho. – 2021.

138 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Osna.

1. Processo Civil. 2. Convenções Processuais. 3. Tutela Coletiva. I.
Osna, Gustavo. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

INGRID PANTOJA PEREIRA BOTELHO

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gustavo Osna - PUCRS

Prof. Dr. Álvaro Vinicius Paranhos Severo

Prof. Dr. William Pugliese

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos

Porto Alegre

2021

Para Guilherme Botelho, Arthur e Gui, com todo amor do
mundo!

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo, *Guilherme Botelho*, pelo amor, cumplicidade, cuidado, revisão e por me transmitir tanta paz.

Aos meus amados filhos, *Gui e Arthur*, que desenham com suas vidas cheias de bondade e alegria um sermão cativante.

À minha *mãe*, por tudo.

Ao meu irmão e família, por todo amor e compreensão.

A *Amália e Luana Stefens*, pela revisão, pela troca e amizade.

Ao professor *Gustavo Osna*, pelos ensinamentos, pela leitura e inestimável contribuição ao trabalho e, em especial, pela disposição ao debate.

Aos professores do curso de Mestrado em Direito da PUCRS, notadamente, *Marco Jobim, Luis Alberto Reichelt, Ingo Wolfgang Sarlet, Juarez Freitas, Denise Fincato e Thadeu Weber*, pela contribuição inestimável em minha formação jurídica.

Aos professores *Rodrigo Coimbra, William Pugliese e Alvaro Vinicius Paranhos Severo*, por gentilmente aceitarem o convite para integrar a banca de qualificação desta dissertação.

A estes, meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O estudo tem por objeto a análise do instituto das convenções processuais por meio da compatibilização do microsistema brasileiro de Processo Coletivo com o Código de Processo Civil de 2015. Apesar de não se tratar de uma novidade inserida pelo código de processo civil 2015, inovaram ao evidenciar, no artigo 190, a cláusula geral de negociação, uma vez que se concebeu maior autonomia às partes, antes ou durante, a condução do processo a respeito de ônus, poderes, faculdade e deveres processuais, bem como a possibilidade de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Trata-se de leis que fomentam novos debates para o processo civil, especialmente, ao colocar em xeque que essas discussões excessivas em torno de regras processuais, tendem a fragilizar a tutela do direito material, além de ignorar a principal função do direito processual: a instrumentalidade. Assim, é exatamente partindo dessa premissa que, no presente trabalho, analisam-se as novas propostas previstas no artigo 190 CPC/15 de flexibilização e adaptabilidade do procedimento, visando a pacificação social e maior eficiência pela privatização das normas processuais. Diante disso, foi analisado o conceito do instituto, seus limites e aplicabilidade, como também foram verificadas suas vantagens e os pontos sensíveis que norteiam o tema. A partir da inserção das convenções processuais no código de processo civil, procurou-se demonstrar que apesar do CPC/15 ter a proposta de tutelar os direitos de marca individual, não se preocupando com a regulação de procedimentos voltados à tutela coletiva, justificar-se a necessidade de uma pesquisa que verticalizasse a indagação quanto à possibilidade de realização de convenções processuais no âmbito dos direitos de marca transindividual. Diante disso, no segundo capítulo, observa-se que o cenário jurídico atual busca, de forma gradativa, a efetivação dos direitos próprios da coletividade e que o direito coletivo extrapola os interesses individuais, de forma que se encontra numa faixa intermediária entre o direito privado e o direito público, são os chamados direitos transindividuais. Para tanto, foram avaliados os problemas a respeito dos limites à convenção processual quando da tutela coletiva de direitos e a possibilidade de relativização de tais direitos de modo a proporcionar maior operacionalidade processual. Por fim, foi nesse contexto que se inseriu o tema do estudo, as convenções processuais para tutelar direitos com dimensão social de alcance mais elevados, os quais estão relacionados à preservação das condições de vida em sociedade, da manutenção da organização estatal e da democracia.

Palavras-chave: Processo Civil. Convenções Processuais. Tutela Coletiva.

ABSTRACT

The study aims to analyze the institute of procedural agreements through the compatibility of the Brazilian micro-system of Collective Proceedings with the Civil Procedure Code of 2015. Although this is not a novelty inserted by the 2015 Civil Procedure Code, they innovated by bringing in article 190 the general clause of negotiation, since it conceived greater autonomy to the parties, before or during the conduct of the process regarding burdens, powers, faculty and procedural duties, as well as the possibility of changes in the procedure to adjust it to the specifics of the cause. These are laws that raise new debates for civil procedure, especially when they put into question that these excessive discussions about procedural rules end up weakening the protection of the material right and ignoring the main function of procedural law: instrumentality. And it is exactly based on this premise that this paper will analyze the new proposals provided in article 190 of CPC/15 for flexibility and adaptability of the procedure, aiming at social pacification and greater efficiency through the privatization of procedural rules. The concept of the institute, its limits and applicability were analyzed, as well as its advantages and the sensitive points that guide the theme. Based on the insertion of procedural agreements in the Civil Procedure Code, we tried to demonstrate that although the CPC/15 has a proposal to protect individual trademark rights and is not concerned with the regulation of procedures aimed at collective protection, the need for research that would verticalize the question regarding the possibility of procedural agreements in the context of transindividual trademark rights would be justified. In view of this, the second chapter notes that the current legal scenario increasingly seeks to enforce the rights of the collectivity, and that the collective right goes beyond individual interests and is found in an intermediate range between private law and public law, called transindividual rights. To this end, the problems concerning the limits of the procedural convention when it comes to collective protection of rights and the possibility of relativizing such rights in order to provide greater procedural operability were evaluated. Finally, it was in this context that the subject of the study was inserted, the procedural conventions protecting rights with a social dimension of higher reach, which concern the preservation of living conditions in society, the maintenance of the state organization, and democracy.

Keywords: Civil Procedure. Procedural Conventions. Collective Guard

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS	12
2.1	EPISTEMOLOGIA DOS NEGÓCIOS (JURÍDICOS) PROCESSUAIS	12
2.1.1	As convenções processuais na teoria dos fatos jurídicos	12
2.1.2	Conceito de convenções processuais.....	21
2.1.3	Autonomia das partes e as convenções processuais: liberdade e poder de autodeterminação dos indivíduos.....	29
2.1.4	Cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no artigo 190 CPC/2015	40
2.2	LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	46
2.2.1	Requisitos de validade do negócio insculpidos no art. 190 do CPC/15 ..	46
2.2.2	Princípios constitucionais do processo e sua vinculação aos negócios: a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	51
2.2.3	Requisito específico da negociação sobre procedimentos: situações jurídicas processuais e a negociação sobre procedimento	57
2.3	O JUIZ E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS	67
2.3.1	Posições processuais: a divisão de poderes entre as partes e o juiz	68
2.3.2	Controle da legalidade do negócio e vinculação do julgador	72
3	OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS	76
3.1	INTRODUÇÃO À TUTELA COLETIVA.....	76
3.1.1	Delimitação conceitual: direitos individuais e direitos transindividuais ..	78
3.1.2	Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	86
3.2	PARÂMETRO ESPECÍFICOS PARA A CONVENÇÃO PROCESSUAL NA TUTELA COLETIVA	93
3.2.1	Direitos (in)disponíveis e direitos que admitem autocomposição: premissas necessárias.....	93
3.2.2	Alguns aspectos críticos sobre convenção processual na tutela coletiva	105

3.2.3	Autocomposição em interesses coletivos analisada à luz da atuação do Ministério Público	115
4	SÍNTESE CONCLUSIVA.....	124
	REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto das convenções processuais, as quais estão inseridas no Código de Processo Civil 2015, sob a ótica tanto do direito processual civil quanto do direito processual coletivo. Essa previsão visa atender à necessidade compreendida pela doutrina de que todo o sistema jurídico deve buscar meios adequados de solução de conflitos, projetando, assim, a convenção processual como um instrumento à democratização do processo.

A ideia do instituto consiste basicamente no fato do sistema de justiça brasileiro atual não ser mais de todo adequado para a correta prestação da tutela jurisdicional; aplicado sozinho e pensado de forma estanque, ele não atinge a sua finalidade de entregar com efetividade, celeridade e justiça a pretensão das partes.

Questiona-se no presente trabalho se a norma de ordem pública, de caráter cogente e que não oferece abertura para a alteração do procedimento para se adequar às necessidades das partes, atende às finalidades da justiça hoje; atende aos interesses que são tutelados tanto pelas normas de direito material quanto processual. Indaga-se sobre a possibilidade de continuar com um processo civil pensado apenas como direito público e estanque, mesmo que, com o surgimento de novos direitos que carecem de uma tutela diferenciada; e se há como seguir com as velhas soluções, ideias e formas de praticar em juízo e fora dele a preparação do processo judicial.

A dissertação foi desenvolvida em dois capítulos a fim de demonstrar que as convenções processuais permitem a realização de uma gestão processual, definindo soluções processuais antecipadas ao conflito. Dessa forma, prevê antecipadamente quais os possíveis problemas que nortearão aquela lide, antes mesmo do ajuizamento de ação judicial. Muda-se a lógica, não apenas demandando em juízo e esperando que o próprio impulso processual resolva os problemas, mas sim desenhando estratégias processuais já no âmbito administrativo e contratual; de forma a tornar mais efetiva a atuação das partes e do magistrado diante de situações muito mais complexas, com desdobramentos que precisam ser antecipados e resolvidos, muitas vezes, consensualmente para evitar a necessidade de um longo debate judicial.

O primeiro capítulo, analisou o instituto dos “negócios jurídicos processuais” em geral, bem como houve a preocupação de demonstrar que o direito é um só e que nem sempre os problemas da realidade fática serão resolvidos pela lógica que,

tradicionalmente é seguida em cada ramo do direito. O que se percebe, assim, é a gradativa diminuição do abismo existente entre o Direito público, que é impositivo, pela busca da supremacia do interesse público e formalizado pela legalidade, e o direito privado, cercado pela liberdade que os sujeitos de direito têm para se autodeterminarem. Assim, introduzindo o contexto da convenção processual no Brasil, passa-se a delimitar o objeto precípua do presente estudo, qual seja, as convenções processuais aplicadas à tutela coletiva de direitos.

No segundo capítulo, buscou-se analisar a aplicabilidade do instituto das convenções processuais no âmbito dos direitos coletivos, a fim de conhecer, primeiramente, quais são essas categorias de direitos, bem como entender que o instituto poderá tutelar, em todas as fases do processo ou a priori, direitos e garantias de ordem coletiva, ou seja, direitos transindividuais (difusos e coletivos) e individuais homogêneos.

Examinou-se o que dispõe a legislação e a doutrina acerca dos direitos que não permitem autocomposição e direitos (in)disponíveis; examinaram-se as inovações do conceito de indisponibilidade e do emprego da autocomposição em conflitos específicos de direitos indisponíveis. Assim, fez-se imprescindível revisitar os conceitos da teoria geral do direito, como aquele referente “a sua indisponibilidade”, visto que a possibilidade de negociar posições processuais, prevista no CPC/2015, exige, dentre seus requisitos, que incida sobre direito, que admite autocomposição.

Sob essa perspectiva, constatou-se que o acesso ao processo dos direitos coletivos por meio de um sistema voltado à tutela individual, não atenderia às necessidades supervenientes dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, de modo que a única maneira de cumprir a promessa constitucional de acesso à justiça seria com base da criação de um novo sistema processual mais adequado às necessidades dessas espécies de direito material. Fez-se necessário fornecer instrumentos processuais hábeis à efetiva tutela dos direitos coletivos, garantindo assim, a inafastabilidade no caso concreto, por meio do acesso à tutela jurisdicional adequada.

Também, esquadrinhou-se a necessidade de investigar se os instrumentos previstos no âmbito da proteção dos direitos coletivos podem apresentar espaço apropriado para a formação de convenções processuais, como no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado entre as partes envolvidas no litígio e o

Ministério Público, com inserção de cláusulas que prevejam situações processuais nessa demanda.

Assim, foi necessário abordar a possibilidade de tutela mediante autocomposição de direitos indisponíveis, porque, muitas vezes, a proteção processual desses direitos individuais indissolúveis, com base na autocomposição e convenções processuais, pode representar solução ao conflito. Se pensarmos apenas na promessa da solução determinativa pelo juiz, ela não será necessariamente a mais acertada para a tutela dos direitos fundamentais que as ações coletivas se comprometem a garantir.¹

Para tanto, a metodologia utilizada foi de natureza qualitativa na medida em que se buscou o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Em função das peculiaridades da pesquisa qualitativa, ela tende a ser menos estruturada, de modo a trabalhar com o que é importante para os indivíduos, sistemas sociais, políticos, jurídicos e econômicos, utilizando-se, para tanto, a investigação profunda sobre o tema proposto na presente pesquisa.

¹ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

2 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

2.1 EPISTEMOLOGIA DOS NEGÓCIOS (JURÍDICOS) PROCESSUAIS

O percurso concretizado neste capítulo objetiva esboçar o negócio jurídico como uma categoria da teoria geral do direito, buscando fornecer uma noção de negócios jurídicos processuais a partir dos fatos jurídicos. Estabelecidas as premissas teóricas, esboçada a tipologia e o conceito de convenção, passa-se a analisar a cláusula geral do instituto, os requisitos de validade, os limites impostos pela cláusula de convencionalidade processual, para, então, examinar o papel do juiz no controle de validade das convenções processuais.

A relevância de examinar-se os conceitos e requisitos processuais impostos pelo instituto será fundamental na tentativa de ratificar a hipótese segundo a qual os negócios jurídicos processuais terão aplicações práticas na tutela do direito coletivo.

2.1.1 As convenções processuais na teoria dos fatos jurídicos

A análise terminológica das convenções processuais a partir da teoria geral do direito é fundamental para entender a pretensão deste estudo, de modo a conceituar a convenção processual e apontar seus elementos essenciais.²

Diariamente, ocorrem sucessões de fatos naturais ou derivados de determinada conduta humana, os quais influenciam diretamente os âmbitos sociais, culturais e, por vezes, o jurídico. A sucessão de fatos, sejam naturais ou ocasionados a partir da conduta humana, é valorada de maneiras variadas pelo ordenamento jurídico, concedendo, inclusive, status jurídico por meio de imposição legislativa. Por

² Para melhor compreensão, far-se-á necessário levantar-se alguns pontos sobre o tema, em virtude da importância que essa definição terá para o segundo capítulo. Quanto à utilização da terminologia “convenção processual” para se referir ao instituto, as convenções processuais são negócios jurídicos plurilaterais, de forma que as partes podem alterar, modificar, derrogar regras procedimentais e posições processuais; ainda que não estejam de acordo quanto ao litígio, estabelecem um caminho “customizado” para que um terceiro chegue a uma resposta. Ademais, no presente estudo, o enfoque não será dado aos negócios jurídicos unilaterais (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016).

outro lado, a ideia de existir, também, fatos que não interessam à lei não significa afirmar que estão isentos ou alheios ao comando jurisdicional.³

O estudo dos “negócios jurídicos” encontra-se dentro do tema relacionado aos fatos jurídicos em sentido amplo, disciplinados no Código Civil brasileiro, em que os fatos jurídicos (*Latu Sensu*) podem ter sua origem por meio de acontecimentos naturais ou provenientes da ação humana. O primeiro trata-se de acontecimento natural, como o próprio nome já expressa, e independe da participação humana, enquanto o outro está relacionado aos atos voluntários que decorrem do elemento volitivo humano. Além disso, pode a lei conferir consequências ou efeitos jurídicos; trata-se de fatos jurídicos e fatos sem juridicidade, sendo os jurídicos aqueles nos quais o texto legal cria o suporte fático, reconhecendo a relevância dos fatos e que repercute na esfera jurídica do indivíduo; de outro lado, existem fatos que não possuem necessidade de posituação.⁴

Os fatos jurídicos, tratados no Código Civil, em seu artigo 185, evidenciam a teoria dualista,⁵ em que poderão surgir a partir de dois fatos jurídicos voluntários e lícitos: os atos jurídicos em sentido estrito e negócio jurídico material, capazes de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.⁶

A distinção firmada doutrinariamente dessas duas possibilidades de fato jurídico efetiva-se por meio dos efeitos gerados por cada um deles, de maneira que os atos jurídicos em sentido estrito teriam efeitos independentemente da vontade das partes e decorreriam diretamente da imposição legal; ademais, produzem efeitos somente no plano da existência e validade, pois estão condicionados legalmente (*ex lege*). Isso se distingue do que ocorre no negócio jurídico, em que a vontade das partes tem importância e decorreria diretamente do desejo imposto pelas partes negociantes, sendo necessária a manifestação da vontade para compor o suporte fático e entrar no mundo jurídico, ou seja, tem como principal diferença a autonomia

³ GAIO JR., Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 43-73, maio 2017.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 3. p. 4.

⁵ A teoria clássica ou dualista, ao contrário da doutrina unitária que não faz distinção entre o negócio jurídico e ato jurídico, faz a diferenciação entre negócio jurídico e ato jurídico (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 183).

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 378; 389.

da vontade que se manifesta de maneira exacerbada no exercício de liberdades positivas e negativas (*ex voluntate*). Todavia, “afirma-se que o fato de ter uma previsão jurídica (negócios jurídicos) não é o mesmo que ter os efeitos previamente estabelecidos em lei” (ato-jurídico stricto sensu).⁷

Os fatos jurídicos voluntários lícitos, a partir dessa compreensão, são afetados pela vontade das partes sob três importantes planos: plano da existência, validade e eficácia, de maneira que a ordem jurídica atribui eficácia somente quando presentes os elementos constitutivos que compõem a estrutura dos negócios jurídicos.⁸

No Brasil, com base nos ensinamentos de Pontes de Miranda, os negócios jurídicos são estudados a partir desses três planos (existência, validade e eficácia).⁹ O plano da existência está relacionado ao momento de formação de tal negócio jurídico, de tal modo que o autor estabelece como “a porta de ingresso” para qualquer ato no campo jurídico.¹⁰ Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, afirma que “ao sofrer a incidência de norma juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.”¹¹

⁷ GAIO JR., Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 43-73, maio 2017.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 112.

⁹ Pontes defendia a relevância do plano da existência nos atos jurídicos processuais. Usava, inclusive, o exemplo da sentença não assinada. Em sentido contrário, Tesheiner afirma: “[...] ao resolver questões de nulidade, não se deve subsumir a hipótese nos conceitos doutrinários de existência jurídica, validade e eficácia. O que se deve perguntar é se, em face da situação de fato que nos é apresentada, devemos negar efeitos ao ato, e em que medida. As normas legais indicam as direções, nós fazemos o caminho. Dizer que uma sentença é “juridicamente inexistente” implica a ideia de algo que por natureza não é jurídico e, por isso, não produz efeitos jurídicos, atribuindo-se ao conceito um valor que ele não tem. Não devemos perguntar se a sentença proferida por um usurpador é juridicamente existente ou não. Devemos, sim, perguntar, se é razoável atribuir à sentença por ele proferida os mesmos efeitos que costumamos atribuir às proferidas por um juiz de direito. Se esses efeitos já se produziram, se, por exemplo, com fundamento em tal sentença, foram penhorados e arrematados bens, não se diga que houve a produção apenas de efeitos fáticos, porque é no mundo dos fatos que o Direito se realiza. Poder-se-á dizer que a arrematação é nula, mas não se poderá negar que ela ocorreu. [...] Outro exemplo, clássico, de inexistência, é o da sentença não assinada pelo juiz. Aqui, já não nos encontramos no campo da relação jurídica processual (pressuposto de fundo), mas no dos atos processuais (pressupostos de forma). [...] É simplista a afirmação de que sentença sem assinatura é inexistente. Conceitos isolados não resolvem problemas jurídicos.” (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35-37).

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 3. p. 4.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

Nessa proposta, Paula Braga explica o ingresso do suporte fático à esfera jurídica: “Em linha gerais, no plano de existência, observa-se três diferentes momentos: (i) o momento abstrato, que

Esse plano, conforme Marcos Bernardes, é a análise preambular a ser realizada quando examinada, por exemplo, a teoria das nulidades. Para o autor, o “elemento da existência é a base de que dependem os outros elementos”.¹²

O plano da validade, por sua vez, realiza um exame qualitativo. Nas palavras de Marcos Bernardes: “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar”.¹³ Assim, no plano da validade, o ato jurídico não carece de nenhum elemento que macule sua existência e encontra-se em “consonância com o ordenamento jurídico”.¹⁴

Nesse seguimento, Zeno Venoso afirma que: “A invalidade é um valor negativo, representa uma pena, a consequência, a sanção civil que atinge determinado negócio, por ter sido ele praticado ao arpejo da lei, apresentando lacunas ou vício na manifestação de vontade”.¹⁵

No plano da eficácia, os efeitos referem-se a elementos conexos com a resolução de direitos e deveres e a sua suspensão. Os elementos que compõem esse plano têm o intuito de verificar se o fato jurídico repercutirá juridicamente no plano social; para isso, importante fazer a distinção entre eficácia jurídica e eficácia do direito. A eficácia do direito ou “efetividade social da norma jurídica” é a “produção no plano social das consequências abstratamente imputadas pela norma ao fato jurídico”.¹⁶

se dá pela descrição da hipótese fática pela norma jurídica (definição hipotética do fato jurídico pela norma); (ii) o momento de concreção, que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida; (iii) momentos estes que resultam no momento de nascimento do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela prescrição normativa, passa ele a existir no mundo jurídico – ingressa no plano de existência do mundo do direito”. (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 148, p. 293-320, jun. 2007. Disponível em:

https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/paula_sarno_braga___teoria_do_fato_juridico_processual.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020).

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

¹⁵ VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 22.

¹⁶ BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 163.

Por outro lado, a eficácia jurídica é: “decorrência lógica do fato jurídico, do mesmo modo que este é decorrência lógica da norma jurídica”.¹⁷ Dessa forma, ocasiona entre tais situações uma “causalidade relacional entre esses elementos”¹⁸.

Analisar o fato jurídico a partir do plano da eficácia significa que: “é vocacionado a produzir efeitos jurídicos”; a eficácia jurídica, por sua vez, “é expressão designativa dos efeitos que a norma jurídica imputa aos fatos jurídicos (consequente normativo)”. O tipo normativo poderá prever expressamente os efeitos e poderá “legar ao aplicador da norma a sua especificação”.¹⁹ Nesse contexto, todo fato jurídico produz os respectivos efeitos até a sua invalidação, ou seja, o fato jurídico, ainda que inválido, “advém alguma eficácia jurídica”.²⁰

Ao considerar uma compreensão geral dos planos (existência, validade e eficácia) dos fatos jurídicos, é imprescindível, quando se tratar do plano da existência, a declaração de vontade das partes; contudo, existe, nos negócios jurídicos, uma carga volitiva acentuada nos chamados elementos categoriais.²¹ Ou seja, nesse plano, são exigidos requisitos mínimos para que o negócio jurídico possa produzir efeitos, sendo imprescindível a exteriorização voluntária da vontade do agente.

No plano da validade, os elementos essenciais deverão ser qualificados e adjetivados. Na declaração de vontade, é necessário aferir a capacidade do agente, devendo o objeto ser lícito, determinado ou determinável. É imperativo, também, que a declaração de vontade, tratada nos negócios jurídicos, seja livre, consciente e ponderada e sua forma não seja proibida por lei.²²

¹⁷ BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 163.

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano eficácia*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-14.

¹⁹ BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 163. No que diz respeito a isso, a autora afirma que “ao legar ao aplicador da norma a sua especificação, estar-se-á diante de um tipo aberto e quanto aos efeitos previstos expressamente no tipo normativo, o tipo será fechado se o antecedente normativo não contiver conceitos jurídicos indeterminados, ou aberto, se os contiver”.

²⁰ BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 164.

²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídicos: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

²² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 maio 2020. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I- Agente capaz; II- Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- Forma prescrita ou não defesa em lei.

No plano da eficácia, por sua vez, existe a possibilidade de acrescer à vontade das partes previsões legais existentes como forma de possibilitar maior eficácia ao negócio jurídico. Trata-se da materialização dos efeitos pretendidos pelas partes, que geram efeitos jurídicos.²³

A partir dessa visão geral dos fatos jurídicos voluntários, observa-se que o estudo desse instituto não é novidade no processo, visto que a análise sob esses três planos já estava presente na legislação codificada de 1973. Todavia, muito em razão da ausência de uma cláusula geral negocial, não se aprofundou o estudo ou a aplicação do instituto.²⁴ Existem previsões de negócios jurídicos tipificados desde o Código de Processo Civil de 1973, sendo que algumas se mantiveram no Código de Processo Civil de 2015, ocorrendo apenas algumas alterações no texto, de modo a torná-las mais técnicas diante da atual relevância da matéria.

O estudo sobre o exercício da liberdade tem ganhado cada vez mais força no âmbito do processo civil²⁵; o Código de Processo Civil de 2015 declaradamente prevê a conciliação, mediação e outros meios alternativos de resolução de conflitos como grande solução para os litígios, o que fica evidente quando se percebe, por exemplo, que, em seu artigo 334, estabelece um ato inaugural do processo, que é a audiência de mediação e conciliação. Ressalvados os direitos que não admitem autocomposição, o primeiro ato realizado pelos juízes deverá ser a designação de uma audiência voltada a alcançar alguma dessas formas de resolução autocompositiva do conflito.²⁶ Torna-se, assim, o Código de Processo Civil “mais simples, flexível e com maior participação das partes, em um movimento cíclico e pendular dos modelos legais”.²⁷

Sob tal perspectiva, o CPC de 2015 avançou demasiadamente no que se refere à negócios jurídicos processuais, primeiramente, pelo fato do código ter ampliado o número de negócios jurídicos processuais típicos, aqueles que estão expressamente

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano eficácia*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88.

²⁴ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 280, p. 353-375, jun. 2018.

²⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Nogueira (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 309-338.

²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

²⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Nogueira (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 309-338.

regulados por lei; depois, porque o código estabeleceu duas cláusulas gerais de negociação processual, o que é tratado no artigo 190 e 200 do CPC. Esses artigos estabelecem uma ampla possibilidade de as partes negociarem sobre suas situações jurídicas processuais, direitos, poderes, ônus, deveres ou, ainda, estabelecendo a possibilidade de negociação sobre procedimentos.²⁸

O código ao estabelecer as cláusulas gerais, fez com que as partes não fiquem mais presas ao negócio processual expressamente regulado pelo legislador, de maneira que podem adaptar o processo estatal às suas necessidades, o que faz dele um instrumento extremamente poderoso dentro da ideia de que as partes, muitas vezes, ficam desiludidas quanto ao instrumento ordinarizado. Isso porque se tratava apenas de um bloco monolítico de ideias que serviriam para resolver todos os tipos de disputas do judiciário, o que se tornou, em nossa atual conjunção, uma situação muito defasada.²⁹

O procedimento comum é importante e serve bem para uma série de disputas, todavia, muitas vezes, não se torna adequado para resolver uma série de outros litígios, em que, talvez, as partes quisessem adaptá-lo às suas necessidades e às características de cada litígio. Nos códigos anteriores, isso ficava a cargo do juiz, caso entendesse necessário aplicar qualquer tipo de desformalização do procedimento, por suas prerrogativas de gestão processual; assim, ele faria o que hoje as partes podem fazer, por meio desse instrumento negocial, visto terem protagonismo nessa adaptação, o que se tornou importante no exercício advocatício.³⁰

Na mesma seara, vale notar que a autocomposição historicamente consiste na possibilidade das partes de estabelecerem, por meio de um consenso de vontades, algum tipo de acerto final para determinada disputa. Se olharmos em perspectiva, por meio de uma revolução recente do direito processual, percebe-se que, de maneira gradual, tem se tornado mais comum que se procure incutir no processo uma tentativa de fazer com que essa possibilidade de acordo, de convenção, não se limite apenas ao final do processo, mas possa tocar também a própria

²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

²⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. t. 2. p. 526.

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 195.

composição do procedimento, voltado ao acerto da disputa, por meio daquilo que se tem denominado de Convenções Processuais.³¹

Esse tipo de convenção não pode ser pensada sob as bases teóricas hiperpublicistas, porque a satisfatória assimilação das convenções atípicas, contempladas no artigo 190 do CPC, pressupõe a aceitação de uma realidade que contraria em absoluto os dogmas previstos na teoria hiperpublicista sob os quais aprendemos o processo civil.³² A ideia de que as partes poderiam convencionar sob o processo, historicamente, sempre foi muito combatida, por ser um verdadeiro dogma, já que o direito processual civil integra o direito público, portanto, indisponível.³³

O Processo Civil, analisado exclusivamente sob a ótica do direito público, propicia a ideia de que os litigantes não tenham nenhum protagonismo na constituição do procedimento, teoria já bastante superada, por se perceber hoje a funcionalidade que tem o processo às partes. Ademais, existe manifestação doutrinária, afirmando que o judiciário, em geral, tem recebido muito bem o instituto, primeiramente por se posicionar fortemente em prol da arbitragem, que é embrionária dos negócios jurídicos, incentivando a escolha de jurisdição, do modo do processo tramitar; além disso, pelo fato de a justiça brasileira ser culturalmente “amigável” à arbitragem, de maneira que muitos juízes, por conta do espírito do código, têm eles mesmos estimulado que as partes façam ajustes no processo, o que se tornou bem comum, por exemplo, nos processos estruturais.³⁴

³¹ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

³² GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 41.

³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 114.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322-323. Neste sentido: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ADMISSÃO DE TERCEIRO INTERVENIENTE NA CONDIÇÃO DE AMICUS CURIAE. ART. 138 DO CPC/2015. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA INICIAL DE CONCILIAÇÃO. ART. 334 DO CPC/2015. Decisão: Trata-se de Ação Civil Originária ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face da União e da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, com base no art. 102, I, f, da CRFB/88. Em breve síntese, o Estado autor requer, como pedidos principais: (i) a “anulação da Resolução CNPE 01/2016 e da Resolução de Diretoria/ANP 34/2016”; (ii) “a condenação da Primeira Ré a abster-se de deliberar a respeito do processo de revisão dos parâmetros de fixação do preço de referência para o pagamento de participações governamentais”; e (iii) “a condenação da Segunda Ré a prosseguir, nos termos e prazos legais e regulamentares, com o processo administrativo nº 48610.000618/2015-11 ou qualquer outro que lhe suceder ou vier a lhe ser apenso, anexo ou dependente, destinado a revisar a Portaria ANP 206/2000, de modo a estabelecer novos parâmetros de fixação do preço de referência para o pagamento de

A utilidade de todo esse debate dos conceitos básicos relacionados aos fatos jurídicos reside numa melhor compreensão do tema, situando as convenções processuais na teoria dos atos jurídicos processuais, para os quais o sistema jurídico confere uma maior expressão de autonomia da vontade e gera efeitos no processo a partir da vontade das partes.³⁵

Ademais, o conceito de negócio jurídico a partir do direito material efetiva-se em virtude da crescente percepção de como o processo e o direito material vem sofrendo um rearranjo. As relações entre essas áreas, que sempre foram de funcionalidade, efetividade, começam a ficar imbricadas numa mesma negociação, já que os aspectos do direito material e processual passam a se relacionar de forma muito próxima.³⁶

Vistos os aspectos introdutórios relacionados aos negócios jurídicos³⁷, cumpre examinar com maior detimento os conceitos e o desenvolvimento do novo estatuto

participações governamentais”. É o relatório. Decido. A Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás – ABEP requer seu ingresso no feito na condição de assistente das rés, alegando ter interesse jurídico na causa a autorizar tal providência. In casu, apesar de não vislumbrar interesse jurídico direto e suficiente a ensejar a sua intervenção no feito na condição de assistente, admito a ABEP na condição de amicus curiae, à luz da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda e da repercussão social da controvérsia, nos termos do art. 138 do CPC/2015. De outro lado, considerando a ótica moderna do processo judicial, a fase conciliatória é uma etapa de notória importância, diante da possibilidade de se inaugurar um processo de autocomposição capaz de ensejar um desfecho conciliatório célere e deveras proveitoso para o interesse público, consubstanciando postulados expressamente adotados pelo CPC/2015. Ex positis, conforme adiamento acolhido pela decisão proferida em 10/6/2016, designo audiência de conciliação, a ocorrer em 13 de setembro de 2016, às 11 horas, no 3º andar do Anexo II do Supremo Tribunal Federal, em meu Gabinete, nos termos do art. 334 do CPC/2015. Intimem-se e comuniquem-se com urgência as partes, seus procuradores, o amicus curiae admitido e o Sr. Procurador-Geral da República. Publique-se. Int.. Brasília, 31 de agosto de 2016. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 2865/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 31 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho669290/false>. Acesso em: 20 jun. 2020. Grifo nosso). Ainda nesta toada: Despacho: À luz da inexistência de manifestação das partes processuais quanto à possibilidade de procedimento conciliatório neste feito e das suspensões de feito logradas nas ACOs 3.108 e 3.114, ambos de relatoria da Ministra Rosa Weber, intimem-se a União e o Estado de Pernambuco para que se manifestem acerca de eventual interesse na submissão da demanda à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) no prazo de 5 (cinco) dias. Após, retornem-me os autos conclusos para deliberação acerca da designação de audiência de conciliação ou de mediação, nos termos dos arts. 303, II, e 334 do CPC. Publique-se. Intime-se. Brasília, 12 de julho de 2018. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TPA 1/PE. Relator: Min. Edson Fachin, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho890119/false>. Acesso em: 20 jun. 2020. Grifo nosso).

³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 48-49.

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 105.

³⁷ Negócios jurídicos está sendo utilizado aqui para referir-se a todos os efeitos jurídicos gerados pela negociação realizada entre partes.

processual, especialmente para que sua aplicação ocorra de maneira adequada e eficaz.

2.1.2 Conceito de convenções processuais

Sem qualquer pretensão exaustiva ou conclusiva, pela evidente dificuldade encontrada na doutrina de estabelecer um conceito único de negócio processual,³⁸ o presente estudo tem como escopo a reflexão sobre o tema, buscando uma delimitação conceitual. Além disso, visa analisar os instrumentos que melhor viabilizariam sua aplicabilidade, especialmente, quando se trata de negócios processuais plurilaterais, objeto do estudo e intitulados, aqui, como convenção processual.

As convenções, para que sejam designadas processuais, devem guardar referibilidade a um processo, ou seja, deve estar caracterizada sua predisposição atual ou potencial a produzir efeitos no âmbito de um processo.³⁹

A inclusão dos Negócios jurídicos processuais no código de 2015 é uma das inovações mais transformadoras que ocorreram, de forma que não há assunto que se refere a processo que não tenha sido afetado por essa regulação. Ou seja, todos os assuntos estudados precisam ser realizados a partir da perspectiva que ele permite para a mais ampla liberdade de negociação em torno do processo.⁴⁰

O instituto dos negócios processuais hibernou por um bom tempo, muito por se ver no modelo publicismo processual a ideia de que o processo é um ramo do direito público, portanto, as partes não teriam nenhum tipo de protagonismo na condução do

³⁸ “De todas as categorias relacionadas à teoria dos fatos jurídicos processuais, a que mais encontrou resistência doutrinária e entraves ao seu desenvolvimento foi, sem dúvida, a dos negócios jurídicos processuais. O dogma da irrelevância da vontade no processo, estruturado sob a influência do publicismo, deu azo à premissa segundo a qual os efeitos do negócio jurídico deveriam decorrer diretamente da vontade das partes, o que não poderia ocorrer no processo, em que os efeitos dos atos praticados derivariam da lei ou dependeriam de interferência judicial para serem produzidos. A necessidade de afirmação do caráter público (e, pois, indisponível) das normas processuais praticamente aniquilou a possibilidade de aceitação da categoria dos negócios jurídicos processuais, em cuja base estaria o sobrepujamento de tais normas pelo interesse privado.” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 125).

³⁹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>. Acesso em: 20 maio 2020.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

procedimento. Além disso, havia o julgamento de que a norma processual seria sempre a regra legal a legislar, pois não havia abertura para a regra negociada por meio de contrato ou convenção; ademais, as normas processuais seriam todas imperativas e inderrogáveis, dessa forma, a conclusão era de que os litigantes por atos voluntários não poderiam derrogar as regras do procedimento.⁴¹

Isso gerou não só no Brasil, mas em muitos países um hiato doutrinário, no qual muitos autores afirmavam simplesmente que arquétipo do ato processual era apenas o ato processual em sentido stricto; assim, os negócios processuais sequer seriam categorias do direito processual, o que não fazia sentido, tendo em vista sua existência desde a legislação do império nos códigos e leis processuais. O foro de eleição é, sem dúvida, um dos maiores exemplos disso e muitos outros negócios sobre processo que já eram previstos na legislação; o próprio Código de Processo de 1973 tinha a negociação sobre o ônus da prova, prazo, suspensão do processo, mesmo que muitos doutrinadores não enxergassem como um negócio jurídico em matéria processual.⁴²

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557. p. 553.

Como bem colocado em recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça: “[...] 4- O novo CPC, pois, pretende melhor equilibrar a constante e histórica tensão entre os antagônicos fenômenos do contratualismo e do publicismo processual, de modo a permitir uma maior participação e contribuição das partes para a obtenção da tutela jurisdicional efetiva, célere e justa, sem despir o juiz, todavia, de uma gama suficientemente ampla de poderes essenciais para que se atinja esse resultado, o que inclui, evidentemente, a possibilidade do controle de validade dos referidos acordos pelo Poder Judiciário, que poderá negar a sua aplicação, por exemplo, se houver nulidade [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1738656/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 dez. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=05/12/2019. Acesso em: 21 fev. 2021).

⁴² CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *Negócios Processuais*. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Grandes temas do novo CPC*. Salvador: Juspodvum, 2015. v.1, t. 1, cap. 34, p. 721-738. p. 553.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou: “[...] de início, a afirmação de que o negócio jurídico processual seria algo absolutamente novo no direito brasileiro, respeitosamente, é equivocada. Durante a vigência do CPC/73, conviveu-se com um sistema processual que expressamente autorizava a celebração de determinados negócios jurídicos processuais, como a eleição de foro para modificação de competência relativa (art. 111, caput), a redução ou a prorrogação de prazos dilatatórios (art. 181), a suspensão do processo (art. 265, II), a modificação do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), o adiamento de audiência (art. 453, I), a alteração de prazo para razões finais (art. 454, §1º) e, ainda, a eleição da liquidação por arbitramento (art. 475-C, I). Contudo, é igualmente correto afirmar que o novo CPC, ao estabelecer, em seu art. 190, caput, uma cláusula geral de negociação por meio da qual se concedem às partes mais poderes para convencionar sobre matéria processual, modifica, substancialmente, a disciplina legal sobre o tema, de modo que, a partir de sua entrada em vigor, é admissível a celebração de negócios processuais não especificados na legislação, isto é, atípicos[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de

O Código de Processo Civil de 2015 consagra a proteção do livre exercício da vontade no processo, estimula a conciliação, ao mesmo tempo em que respeita a vontade das partes de resolverem o litígio por autocomposição. Não por acaso, a concretização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil é uma das grandes inovações proporcionadas por esse código, denominado de Negócio Jurídico Processual, o qual está previsto nos artigos 190 e 191, que nada mais é que a flexibilização do processo civil.⁴³

Desse modo, quando tratamos de convencionalidade entre as partes, temos um modelo alternativo de resolução de disputa, a qual não será resolvida por um terceiro, mas por meio de uma configuração linear estabelecida entre as partes.

De maneira antagônica a isso, se olharmos o processo em perspectiva histórica, vemos que existe, em diferentes contextos e ambientes, um estímulo para que as próprias partes da disputa cheguem a uma resposta harmônica às circunstâncias do caso, de modo que elas próprias estabeleçam algum modal de decisão capaz de propiciar melhor resposta possível à disputa. Nessas circunstâncias, altera-se a lógica temporal, em que, ao invés de levar de antemão para que um terceiro resolva a disputa, tenta-se, por meio de algum meio de concessão, alcançar uma resposta, sem que haja a imposição de uma figura externa ao conflito. Ou seja, os próprios autores do conflito chegam a uma resposta.⁴⁴

Assim, os atos compositivos por meio dos quais as partes do conflito podem alterar, modificar, derrogar regras procedimentais e posições procedimentais, ainda que não estejam de acordo quanto ao litígio, estabelecem um caminho “customizado”

Justiça (3. Turma). *REsp 1738656/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 dez. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=05/12/2019. Acesso em: 21 fev. 2021).

⁴³ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 22-25.

Lorena Miranda bem conceitua os negócios jurídicos processuais: “podem ser conceituados como fatos voluntários (exteriorizações de vontade unilaterais, bilaterais ou plurilaterais) que sofreram a incidência de norma processual, cujo suporte fático atribui ao sujeito o poder de decidir quanto à prática ou não do ato e quanto à definição de seu conteúdo eficaz (tanto selecionando uma categoria jurídica eficaz já definida previamente pelo sistema jurídico quanto estabelecendo, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento)” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: juspodivm, 2017. p. 125).

⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto de CPC: aproximações preliminares. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. cap. 9, p. 139-155.

para que chegue a uma resposta, um caminho passível para alguma forma de adaptação.⁴⁵ Desse modo, o momento da convenção processual poderá ser realizado antes ou durante o processo; caso seja firmado antes do processo, poderá ter uma característica de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral; pode-se firmar um contrato e colocar uma cláusula de compromisso processual ou poderá antes de adentrar na seara judicial firmar um negócio jurídico processual e usá-lo na constância do processo.⁴⁶

Parte da doutrina defende que as convenções, realizadas anteriormente à existência do conflito, sejam o melhor caminho para quem de fato deseja fomentar essa forma de negociação, porque, ao celebrar uma convenção pré-processual, tem-se a perspectiva de se ter alguma vantagem dentro de um possível conflito, de maneira que é natural que as partes tenham um desconhecimento maior que ocasiona um consenso.⁴⁷

De forma geral, a tipicidade dos negócios se contrapõe às convenções atípicas, ou seja, de um lado, algumas formas de procedimentos providos de regramentos específicos, e de outro, as convenções processuais atípicas pautadas com algumas formas de permissivos gerais.⁴⁸

Um grande exemplo de procedimentos providos de regramentos específicos no atual ambiente normativo brasileiro é a arbitragem, em que, apesar de existir a controvérsia quanto ao conflito, as partes têm o anseio de denegar o acerto a um terceiro, que não vai se confundir com o judiciário ou a figura do juiz. A relação continua sendo de heterocomposição; todavia, altera-se o ator que estará no vértice superior, passando a ser o árbitro ou um corpo de árbitro.⁴⁹ Outro exemplo de tipicidade dos negócios trata-se da perícia convencional, já que hoje o código, quando estabelece a perícia judicial, prevê que as partes podem, por meio de um acordo de

⁴⁵ OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 349-370, jun. 2016. p. 357.

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 207-209.

⁴⁷ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. 58-60.

⁴⁹ OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 349-370, jun. 2016. p. 357.

vontades, informar ao juiz outro perito para a realização do laudo à apreciação do feito.⁵⁰

O artigo 190 do Código de Processo Civil prevê cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos atípicos, ao afirmar que se trata a ação sobre “direito que admita autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. O artigo 191 do Código de Processo Civil dispõe, por sua vez, que “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para prática dos atos processuais, quando for o caso”.

Esse procedimento já vem sendo usado nas arbitragens comerciais, o que consiste em exemplo de medidas que servirão de guia à flexibilização do processo civil autorizada pelos artigos 190 e 191, em que as partes, juntamente com os árbitros, estipulam os prazos, procedimentos, acordo de realização de perícias, a forma de exibição de documentos e, em determinadas situações, já fixam matérias atinentes à produção das provas.⁵¹

A cláusula do artigo 190 do CPC é ampla ao evidenciar que poderá ser aplicado sempre que o direito que está sendo discutido admita autocomposição; nota-se uma amplitude muito maior que a da lei que trata da arbitragem, a qual apresenta o direito como disponível.⁵² Dessa forma, os direitos que admitam autocomposição compõem uma categoria demasiadamente mais ampla que os direitos tidos como disponíveis, ou seja, nos direitos que admitam autocomposição, poderão estar contidos tanto direitos disponíveis quanto direitos indisponíveis.⁵³ O direito que admita autocomposição, por ser uma expressão mais aberta, faz com que os negócios jurídicos processuais sejam admitidos em ações em que há uma nota de interesse público maior, por exemplo, as ações da litigância contra o poder público, tema que será esmiuçado em item específico.⁵⁴

⁵⁰ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 291.

⁵² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58-60.

⁵³ ARRUDA, Teresa Alvim Wambier et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 353/354.

⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58-60.

A lei cuida, logicamente, de impor limites à flexibilização do processo judicial, como, aliás, existe em todos os ramos do direito. Preocupa-se em proteger os incapazes e os vulneráveis e proibir certas negociações.

A vantagem dessa adaptabilidade é a de que, quando essa flexibilização formal vem pelas partes, gera uma série de prerrogativas e torna-se um instrumento de previsibilidade,⁵⁵ porque o processo, sendo fonte de risco, ocasiona muitas incertezas; entretanto, podendo haver uma forma de reduzir esses riscos, haverá muito mais previsibilidade quanto ao desdobramento da lide. Ademais, há a convencionalidade sobre o processo, de forma que permite um planejamento estratégico da litigância e evita problemas hoje tão comuns no sistema judiciário brasileiro: processos demorados e com difíceis aplicações das decisões.⁵⁶

As negociações sobre o processo promovem um rearranjo das relações entre direito material e direito processual: uma reaproximação, porque hoje, numa mesma negociação, temos possibilidade de trocar direito por norma processual. Existe uma espécie de “*trade off*” entre norma processual e norma material que faz com que direito e processo se entrelacem na negociação com uma intensidade nunca observada; hoje, essa troca fica muito clara.⁵⁷

Na prática, essa reaproximação facilitará o vislumbre de quais as dificuldades que o processo judicial apresentará para aquele tipo de direito material, especialmente, quanto à dificuldade de proteção dos direitos coletivos, objeto do segundo capítulo, por exemplo: se a dificuldade será o acesso a determinada localidade, convencionam-se sobre a competência; se a dificuldade será o custo de uma perícia, regular-se-á a perícia, escolhendo o perito e, inclusive, já o trazendo para ciência e aceite do negócio jurídico processual, a fim de definir, inclusive, o valor a ser

⁵⁵ Em relação a importância da previsibilidade dos atos e decisões, Pugliese assim coloca: “[...] a previsibilidade está ligada à proteção da confiança. Muitas regras jurídicas incentivam escolhas dos indivíduos, seja porque o comportamento previsto pela regra é socialmente desejável ou pela simples função de evitar uma surpresa.” Afirma ainda que é necessário, “aplicar o Direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo Judiciário”. (PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64).

⁵⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-93.

pago; caso o problema seja a duração do processo, convencionasse-a sobre a possibilidade de redução dos prazos ou renúncias de alguns recursos.⁵⁸

O próprio Ministério Público vem utilizando bastante o instituto no TAC (Termo de Ajustamento de Conduta); aliás, a primeira norma que prevê isso é a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público Nº 118 de 2014, a qual expressa, nos artigos 15 a 17, que podem ser inseridas convenções processuais nos TACs, de maneira que têm sido utilizadas em diversas ações dessa natureza, dentre os quais será alvo de nossa reflexão em item próprio, especificamente quando da tutela coletiva. Essa abertura para disponibilidade sob o processo nas causas em que haja o interesse público faz com que as convenções processuais sejam aplicáveis todas as vezes que o direito material tenha um aspecto protetivo de certas categorias.⁵⁹

Alguns outros exemplos práticos da aplicação do instituto: nos casos em que o problema norteia a complexidade dos prazos, convencionam-se sobre a preclusão temporária, ampliando-se os prazos, ou seja, joga-se com as concessões para tentar customizar o processo, de maneira que fique bom para as partes; se o problema girar em torno de uma nulidade ou formalidade, poderá se convencionar, por exemplo, para a não alegação da invalidade, uma promessa de não alegar *pactum de non petendo* parcial; nos casos de surgimento de problemas sobre litisconsórcio necessário, prometer-se-á não ajuizar pretensões de certos tipos (casos de improbidade administrativas); observa-se muito a utilização das convenções probatórias no registro de transações de criptomoedas-blockchain, como também em outras formas de tecnologia para garantir a integridade e autenticidade de documentos, possibilitando às partes a oportunidade de convencionarem. Foi justamente nesse sentido que a lei de liberdade econômica previu expressamente que, caso haja dificuldade quanto à prova oral, deverá se convencionar para que os depoimentos sejam feitos por escrito ou que, caso haja dificuldade com provas complexas, se estabeleça um procedimento que assinele o andamento da causa; a lei de liberdade econômica previu

⁵⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301.

expressamente que, nos casos em que o problema esteja em torno da oralidade da prova, convencionar-se-á que os depoimentos serão feitos por escrito.⁶⁰

Vê-se os negócios jurídicos processuais como a possibilidade de maior autonomia no curso de processo; as partes fazem negócio processual para adaptar o procedimento à causa, na verdade, o negócio é feito pela parte como um corolário do próprio interesse, visto que a parte só realiza o negócio porque acredita que terá algum benefício. Por esse motivo, as convenções processuais encontram muito mais aderência nas realizações feitas antes do processo, em razão de se desconhecer previamente o imbróglio.⁶¹

A inserção dos negócios jurídicos é, sem dúvida, uma grande revolução no mundo jurídico, de maneira que dominar esse tema significa, talvez, descingir o sistema judiciário por meio da customização e organização no acordo entre as partes, além da possibilidade de gerar uma grande vantagem competitiva na seara processual. O processo em si já é uma fonte de riscos e incertezas – tempo do processo e elevados custos para planejá-lo; dessa forma, ter uma previsibilidade maior sobre isso é muito importante. Diante disso, é possível afirmar que é com base nos negócios processuais que o processo se inicia; terá início no planejamento contratual, dessa forma, ao se celebrar um contrato, poderão ser inseridas cláusulas de convenções processuais que irão fazer com que haja uma certa garantia para a parte.⁶²

⁶⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁶¹ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

É relevante salientar, ainda, o importante questionamento feito pelo autor: “Por qual motivo, porém, os sujeitos optariam pela adoção dessa customização processual? Que tipo de vetor os levaria a abdicar do procedimento tradicional, com seu percurso claramente definido, para desenhar novos atalhos e buscar caminhos alternativos?”

A resposta às indagações, por mais que possa soar intuitiva, deve ser sempre frisada: a celebração de convenção processuais nada mais é do que uma procura, pelas partes, de proteção do próprio interesse. Ainda que sua concretização dependa de uma concertação de vontades, é inequívoco que, no momento de celebração do negócio, cada um dos envolvidos procura maximizar, em seu próprio favor, a relação entre custos e benefícios do Processo. Quem celebra uma convenção não o faz por capricho ou pelo simples fato de o diploma processual civil lhe atribuir essa prerrogativa, mas sim por vislumbrar na técnica um caminho para obtenção de determinada vantagem pessoal.”

⁶² OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

Portanto, entende-se, como negócios processuais, ferramentas que permitam uma visão democrática do processo,⁶³ de forma que se busca o melhor rito, economia e celeridade processual, objetivando, principalmente, harmonizar o embate entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. Assim, a convencionalidade processual pode ser estruturada por negociação e consensualidade entre as partes, como forma de melhorar o processo, de modo que a utilização do instituto perpassa todos os ramos do direito e todos os tipos de causa.⁶⁴

É nesse contexto que, assentada a delimitação conceitual, cumpre examinar, no item subsequente, uma das principais novidades dispostas no artigo 190 CPC/2015, de conceber, às partes, maior poder de autorregrem sua vontade, por meio da celebração de convenções processuais. A importância desse tema consiste no fato de que a tutela coletiva é envolta de forte interesse público, merecendo, portanto, um olhar bem mais atento.

2.1.3 Autonomia das partes e as convenções processuais: liberdade e poder de autodeterminação dos indivíduos

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, dispõe sobre o direito fundamental à liberdade, seja de pensamento, de crença, locomoção etc. Dentro desse conceito de liberdade, está o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, ou seja, o conjunto de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico para definir o que será mais adequado para a sua existência. Dessa forma, o autorregramento da vontade é um dos grandes pilares da liberdade.⁶⁵

A concepção jurídica e o próprio direito positivo dos anos 80 evidenciavam um pensamento, segundo o qual a autonomia da vontade era inexistente em determinados ramos do direito e, em outros, ela existia com muita limitação. O

⁶³ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 49-50.

⁶⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 79.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

pensamento era sempre no sentido de diminuir a autonomia da vontade em áreas a ela interditada, como o direito penal, ou restringi-la a ramos em que sequer havia qualquer tipo de abertura para o indivíduo exercer essa autonomia, por exemplo, no âmbito do direito do trabalho e nos litígios que envolvem direito público.⁶⁶

Os anos de 1980 e seguintes são tidos como o marco temporal da autonomia privada porque visualiza-se, desde 1985 até os dias atuais, uma progressiva transformação no pensamento referente a esse tema. Diante disso, há uma notável ampliação da autonomia da vontade, inclusive, em áreas do direito antes totalmente interditadas ou, ainda, naquelas onde a autonomia privada sequer conseguia se desenvolver com fluidez, muito em razão das significativas restrições que foram impostas.⁶⁷

Conforme referido nos parágrafos anteriores, o direito público, de modo geral, sempre foi uma área em que a autonomia privada não existia ou era extremamente restritiva. Todavia, a partir dos anos de 1980, observou-se uma paulatina transformação no que tange à sua inserção nesses ramos do direito, assim, foram incluídos os termos de compromisso de ajustamento de conduta, celebrados pelo MP e demais entes públicos, envolvendo questões coletivas, que se tratavam de acordos celebrados por entes públicos para a solução de questões de direito coletivo que, a priori, eram indisponíveis.⁶⁸

Ainda, ao se tratar dessa mudança de pensamento, temos, como exemplo, a criação dos juizados especiais com a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo penal nesse âmbito. A Lei 9.469, criada no ano de 1997, igualmente, autorizou a realização de acordos que envolvem entes públicos; trata-se

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 19-25.

⁶⁸ 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

Importante salientar a primeira previsão legal para tutelar direitos coletivos foi na lei supracitada, portanto, antes mesmo da CF/88. Todavia, a CF/88 deu um impulso bem maior para as ações coletivas e transindividuais, tutelando assim, um número maior de indivíduos e grupos, permitindo inclusive a possibilidade da impetração do mandado de segurança coletivo, que autorizava, a defesa dos direitos dos filiados pelos sindicatos.

de lei que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus, antes da administração indireta.⁶⁹ Outro exemplo, do final dos anos 90, é a criação da parceria público e privada, sendo uma grande negociação que envolve entes públicos, como os juizados especiais da Fazenda Pública, os quais tornam essa negociação parte da própria estrutura do órgão judiciário. Também, há a criação da Câmara Federal administrativa para a solução de controvérsia entre o administrado e a administração pública federal e, mesmo, entre os entes públicos da administração Federal.

Nota-se uma gradual mudança ao se observar a inserção de acordos de leniência na lei anticorrupção, aprovada em 2013, juntamente com a Lei de organização criminosa, que previu a colaboração premiada.⁷⁰ Tanto a colaboração premiada quanto o acordo de leniência são firmados entre as partes, portanto, observa-se a existência da autonomia da vontade em áreas anteriormente proibidas, como é o caso do direito penal, ou em áreas muito restritas, como na administração pública, envolvendo acordos de leniência.

Ainda, descrevendo esse remodelamento quanto à liberdade, em 2015, foi aprovada a lei que modificou a norma de arbitragem, que é essencialmente negocial, incluindo expressamente a previsão de arbitragem que envolve entes públicos.⁷¹ Ocorreu também a aprovação da Lei nº 1.3140/2015 de mediação, que tem um capítulo inteiramente dedicado aos acordos, envolvendo o poder público.

⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷¹ BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

Nesse mesmo ano, o Código de Processo Civil de 2015 aperfeiçoou a redação de forma a estimular soluções consensuais dos conflitos, colocando-as, inclusive, como prioritárias; isso é previsto pelo artigo 3^a § 2^a do CPC/2015, de maneira a significar que o autorregramento da vontade se torna ferramenta essencial que materializa o direito à liberdade dentro do processo, além de possibilitar às partes a regularização jurídica de seus interesses, customizando e adequando-se conforme for mais conveniente.⁷²

Nesse meio tempo, foi aprovado o estatuto da pessoa com deficiência que orientou as reflexões sobre o modo como lidar com a autonomia da vontade em pessoas que possuem alguma restrição cognitiva. O estatuto da pessoa com deficiência inverte o conceito anterior; assim, as pessoas com deficiência passam a ser consideradas, a priori, capazes, de maneira que a incapacidade será constatada sempre no caso concreto e modulada caso a caso, ou seja, a intensidade da incapacidade variará com a intensidade da deficiência ou do tipo de restrição. Tal mudança foi muito importante, tendo em vista que a Lei brasileira ainda não tinha incorporado as premissas da convenção de Nova York sobre pessoas com deficiência, curiosamente subscrita pelo Brasil, mas que ainda não tinha impactado em termos de lei.⁷³

Já no ano de 2017, foi aprovada a resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina exaustivamente os termos de ajustamento de conduta desse órgão, além de consagrar inúmeras possibilidades práticas que já estavam sendo implementadas nos últimos anos.⁷⁴

Em 2018, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro foi amplamente reformada e a ela se acrescentaram 10 artigos, incorporando à LINDB a possibilidade de acordo que envolve o poder público, sendo que o artigo 23 da LINDB,

⁷² DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁷³ BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

expressamente, regulou tal pacto entre o administrado e o poder público; portanto, tornou-se regra geral do direito público brasileiro.

A Lei de liberdade econômica de 2019 prevê a possibilidade de acordos pelo poder público em diversos momentos e coloca a autonomia da vontade como um pilar da economia, como um princípio que rege a liberdade econômica no país.⁷⁵ Assim, já no final desse mesmo ano, com o Pacote Anticrime, houve a modificação na Lei de improbidade administrativa, retirando a proibição de acordos e a consideração da colaboração premiada com um regramento ainda mais sofisticado, portanto, um aperfeiçoamento da colaboração premiada.

Esse pequeno relato histórico mostra que a cada dia a liberdade tem tomado espaço e propiciado maior força à autonomia da vontade do indivíduo, ofertando às partes o poder de autorregrem sua vontade, o que é definido, conforme Didier, como “espírito do tempo”, ou seja, o momento histórico que o doutrinador chama de “recapacitação”; é o direito voltando os olhos ao indivíduo e devolvendo a ele alguma parte que lhe havia sido tirada, nesse caso, o poder de autorregramento da vontade.⁷⁶

⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

Didier afirma ser evidente que, em determinado momento histórico, essa autonomia exacerbada gerou uma série de abusos, que foram sendo controlados e retidos pelo direito, ora pelos tribunais e ora pelo próprio legislador, de maneira que iam percebendo que a autonomia da vontade não poderia ser exercida livremente em quaisquer circunstâncias. Isso porque seria, assim, uma autonomia meramente formal ou não substancial; as pessoas, de fato, em muitas situações, não podem opinar, não há como decidir, portanto, não havia como falar em autonomia da vontade quando não existe essa opção.

No século 20, por exemplo, sobretudo no pós-guerra, houve a preocupação de construir o direito, de maneira que pudesse domar a autonomia da vontade, para que não levasse as pessoas a condições inaceitáveis. Essa é uma conquista do século 20 que não pode ser ignorada; é natural, no entanto, que ocorra o “fenômeno denominado de “a volta do pêndulo” - ao se puxar o pêndulo para um lado e larga-lo, ele vai para lado oposto e depois quando volta já não retorna mais para o mesmo ponto de partida, volta para um ponto menor, e nesse vai e vem acha-se um ponto de equilíbrio no centro- a história também funciona assim, quando se tem uma autonomia plena e ilimitada, portanto no extremo, e volta-se para outro extremo em que se busca tolher a autonomia é natural que nessa harmonização de forças em sentidos opostos chegar-se-á a um ponto de equilíbrio”. A impressão do autor é de que, nos últimos tempos, nos encontramos no momento de volta do pêndulo; não para a volta de onde saiu, mas para um ponto mais à frente, ou seja, retorna-

Tendo em vista que o foco do presente estudo repousa na aplicação do instituto e conseqüentemente, da autonomia da vontade à tutela coletiva, é importante salientar que o direito coletivo não fica incólume a essas revoluções no pensamento jurídico, inserindo-se nesse paradigma, visto que, mesmo havendo a necessidade primordial de proteção, as recentes leis coletivas apostam na autonomia. Esse caminho, que vem sendo adotado em todos os âmbitos do direito não poderá ser entendido como inconstitucional, pois, o fato de o legislador propiciar mais autonomia à pessoa, poderá ser direcionado de modo a ampliar a proteção dos indivíduos.⁷⁷

Muito embora o Direito Processual Civil seja um ramo do direito público, também é regido pela dimensão da liberdade. É evidente que, apesar do princípio da liberdade atuar no processo, por meio do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, este não tem, no direito processual civil, “o mesmo formato dogmático com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil, justamente por envolver o exercício de uma função pública (jurisdição), sendo a negociação processual mais regulada e seu objeto mais restrito”.⁷⁸

O princípio fundamental da liberdade é um dos pilares que fundamentam o Estado Democrático de Direito e, por isso, não se deve minimizar o papel da liberdade no processo, sendo o processo jurisdicional um método de exercício de poder.

se não para o que éramos, no século 19, mas para chegarmos a uma situação em que devolvo ao indivíduo uma quantidade de autonomia, protegendo, também, outros direitos fundamentais, ou seja, oferece ao indivíduo a possibilidade de autorregrar a sua vontade, todavia, estabelece também limitações a essa autonomia, visando à proteção do próprio indivíduo, paradigma de proteção que não pode ser ignorado (FRED Didier pede uma chance para a cultura da paz em sua conferência no CNPE 2018. *APEB*, Salvador, 20 set. 2018. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/noticias1.asp?reg=512>. Acesso em: 7 jan. 2021).

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁷⁸ DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021.

“Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social”. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>. Acesso em: 20 maio 2020. p. 8).

Todavia, o que ocorre é uma ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil.⁷⁹

Importa destacar que a definição mais adequada para a manifestação da vontade negocial, na seara processual, é “autorregramento da vontade”, expressão criada por Pontes de Miranda que muito “desafia a argúcia dos juristas por sua complexidade”⁸⁰, por prever maiores possibilidades negociais, tanto na esfera privada quanto na pública. O autorregramento da vontade foi compreendido por Pontes de Miranda como o “espaço que o direito destina às pessoas”⁸¹, com limites prefixados e com o intuito de tornar “jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica”.⁸² Apesar do monopólio estatal na legislação das normas jurídicas, pode-se observar, dentro desse quadro, momentos de maior concessão de liberdade aos indivíduos para autorregrem seus interesses; já em outras situações, essa concessão é bem mais limitada, principalmente, no âmbito exclusivamente jurídico, especificamente no que tange o poder negocial.⁸³

Em bela obra, Pontes de Miranda enfatiza sobre a relevância desse controle de liberdade no exercício do autorregramento pelo indivíduo; trata-o como sendo “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”. Afirma, ainda, que “não há autonomia absoluta ou ilimitada da vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”.⁸⁴

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

⁸⁰ LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade: um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Segundo Pontes de Miranda: “Evite-se, outrossim, chamá-la de autonomia privada, no sentido de autoregramento da vontade do direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo. O que caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3. p. 54-56).

⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3. p. 81.

⁸² LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade: um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸³ LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade: um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3. p. 54-55.

A autonomia privada, à qual se referem os negócios jurídicos, está relacionada ao poder ofertado às partes de autorregular as condições e modalidade de seus vínculos, podendo decidir a respeito do conteúdo das convenções firmadas.⁸⁵ Pode-se afirmar indubitavelmente que o negócio jurídico decorre da autonomia da vontade privada, pois é ele que tem o condão de aproximar a autonomia da vontade ao direito por meio da declaração volitiva, produzindo, assim, efeitos jurídicos.⁸⁶

Sobre a manifestação de vontade do indivíduo no negócio jurídico, Pontes de Miranda defende a manifestação da vontade como “elemento nuclear do suporte fático do negócio”⁸⁷, tendo a manifestação da vontade como categoria: a manifestação tácita e a manifestação expressa; em casos de conflitos entre essas categorias, a manifestação exteriorizada irá sempre prevalecer.⁸⁸

O poder de autorregramento da vontade deve ser garantido ao longo do processo, não podendo impor limites injustificadamente ao exercício da liberdade; entretanto, deve articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o objetivo de harmonizar a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.⁸⁹ Nessa toada, Pontes de Miranda evidencia que essa limitação não é apenas negativa, a qual

⁸⁵ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. 2. p. 13-18.

⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 112.

Conforme salienta Pedro Henrique Nogueira: “Se a solução do litígio é benéfica a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 17).

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3. p. 54-55.

⁸⁸ LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade: um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁹ Nesse sentido, afirma Guilherme Botelho: “O sistema adversarial se demonstra essencialmente paritário na relação entre os sujeitos deles participantes. Tem por função basicamente a pacificação social e o respeito à autonomia privada das partes. É compromissado, por isso, apenas com uma justiça “formal” e acaba, muitas vezes, por trazer grave injustiça, dado que nada mais injusto do que tratar de forma igual os desiguais. É que, ao não se comprometer com a busca pela “verdade” acaba desconsiderando as inúmeras variantes que atuam em um processo, tais como as distinções financeiras e mesmo técnicas no conflito entre o litigante habitual e o litigante casual.”: (BOTELHO, Guilherme de Oliveira. Os Poderes Processuais Do Juiz Em Perspectiva Comparada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 483-504, maio 2015).

pode constituir também características positivas, especialmente, quando se tratar de interesses coletivos.⁹⁰

Dentro dessa nova realidade, as partes plenamente capazes, quando diante de um processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição, possuem uma ampla disponibilidade no tocante às suas disposições processuais de vantagem quanto à disciplina do procedimento. É preciso perceber, nesse ponto, que essa virada paradigmática, em última análise, expressa uma profunda revalorização da liberdade das partes no processo, a qual tem raízes constitucionais, especialmente, no que toca ao reconhecimento da pessoa humana como valor supremo da ordem jurídica.⁹¹ Assim, tem-se a ideia de resguardar o direito ao devido processo legal, tendo em vista que a existência de uma restrição injustificada no exercício de liberdades no processo usurpava o direito do indivíduo a um processo de fato “devido”.⁹²

Além desse amparo constitucional, essa virada vai ao encontro da tendência global dos sistemas processuais de buscarem cada vez mais a pacificação social e meios alternativos de solução de conflitos. Dessa forma, ao contemplar a cláusula geral de convencionalidade processual, o código propiciou, de um lado, a manifestação do prestígio que a liberdade individual assume no atual contexto constitucional e, de outro, decorre da necessidade de se situar o processo brasileiro no quadrante de um modelo colaborativo e flexível.⁹³

É essencial, na convencionalidade material, que exista liberdade de escolha diante de mais de uma solução admissível para o conflito, o que só poderá ser feito quando analisado o caso concreto, de forma que a análise deve partir de uma compreensão que valorize a liberdade individual e o poder de autorregramento. Nos direitos disponíveis, essa liberdade de escolha, que é própria da autocomposição material, parece estar sempre presente, de modo que o problema de fato se coloca

⁹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3. p. 67-69.

⁹¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 143.

⁹² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 196.

diante dos direitos indisponíveis, os quais admitam autocomposição, que é justamente a alusão do 190 CPC.⁹⁴

Sem qualquer pretensão de exaurimento a respeito deste tema, tendo em vista que será abordado no capítulo seguinte, observa-se, justamente no direito coletivo, em que os direitos são, a priori, indisponíveis, a percepção de que é preciso pensar na intensidade da proteção do direito a partir dos graus de hipossuficiência, de vulnerabilidade. É preciso pensar e interpretar o direito coletivo como uma espécie de calibração do índice protetivo do direito coletivo, de modo que se possa reconhecer mais autonomia, assim, mais poder de negociação ao indivíduo menos vulnerável e menos poder de barganha ao indivíduo mais vulnerável. É o que a legislação aponta, nesse sentido, como a arbitragem, mediação e negociação jurídica processual, para pensar na autonomia da vontade como categoria essencial no direito coletivo; ademais, pensar no indivíduo, mediante representação adequada, com a premissa de permitir opinar, portanto, decidir, não de forma reacionária- reagindo a tudo que muda as estruturas mentais- mas pensar a partir de uma visão reflexiva, que possa melhor tutelar os direitos individuais e coletivos.

E é justamente nesse sentido que o Código de processo Civil de 2015 não só consolidou a noção de que o processo é um espaço propício para a consolidação das liberdades individuais, enquanto pilares da dignidade humana, como houve, do mesmo modo, a ampliação da negociação em matéria de processo. Ou seja, a autonomia das partes para negociar mudanças nas regras do seu processo é ampliada com base no artigo 190; essas mudanças têm sido gradativamente difundidas no âmbito do processo civil e incorporadas, inclusive, em outras leis, como a lei de transação tributária, que prevê a possibilidade de negociação processual em execuções fiscais,⁹⁵ observando especialmente a ideia de que “respeitar as liberdades dos litigantes não significa podar a atribuição de poderes dos órgãos jurisdicionais”.⁹⁶

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24.

⁹⁵ DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁹⁶ DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021.

Assim, concessão de uma maior liberdade às partes no processo tende a torná-lo mais democrático, seja mediante alteração do procedimento, seja modificando posições processuais. O autorregramento da vontade na esfera processual ganhou, por meio do CPC 15, um maior espaço, libertando-se da visão exclusivamente publicista do processo.⁹⁷

O disciplinado no artigo 190, do CPC, privilegia não somente o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, mas observa, igualmente, a necessidade de análise das situações jurídicas em concreto, principalmente, sob uma postura dignificante da liberdade individual, averiguando se, no caso específico, existe o poder de escolha e se é possível reconhecer ao sujeito o poder de escolha, quando estiver diante de mais de uma solução admissível no conflito.⁹⁸ Ou seja, privilegia não somente o princípio à liberdade no processo por meio da adequação dos ditames

⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 207. Fredie Didier, nesse mesmo pensamento, afirma que: “É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça. p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil.” (DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021).

Godinho também expressa a mesma ideia ao afirmar que: “Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção ‘liberal’ e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. [...] A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassessem à liberdade jurídica. [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova ‘fase’ da ciência processual, em que o processo deixa de ser coisa das partes e praticamente passa a ser uma coisa sem partes. Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com uma efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de ‘poder geral de curatela’”. (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. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 30, 66 e 205).

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 20-21.

processuais às suas escolhas, mas também observando os limites essenciais a essa liberdade, de forma a assegurar os direitos fundamentais do próprio indivíduo.⁹⁹

Essa possibilidade das partes autorregrem suas vontades, foi ampliada no CPC/15 por meio da cláusula geral de convencionalidade disposta no artigo 190, com o que, a partir dela, as partes celebrarão acordos de vontade sobre aspectos que poderão influenciar diretamente o desenvolvimento na relação processual. Diante disso, é sobre esse tema que o item seguinte irá discutir.

2.1.4 Cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no artigo 190 CPC/2015

A técnica legislativa casuística, que corresponde à tarefa de subsumir o fato à norma é caracterizada pela rigidez, imutabilidade e anseio de completude, além de objetivar elevar a tipicidade ao grau máximo, demonstra gradativamente mais sua insuficiência diante da complexidade das relações sociais e das constantes mutações que ocorrem na sociedade, tornando os textos normativos rapidamente obsoletos. Em razão disso, tem-se buscado mais técnicas legislativas, que conferem uma maior efetividade aos direitos, por meio de estabelecimento de cláusulas gerais.¹⁰⁰

Essa técnica legislativa, que se utiliza de cláusulas gerais, possui uma linguagem mais aberta e “promove uma ampliação do campo semântico do texto normativo, conferindo ao juiz o poder-dever de criação da norma jurídica à vista do caso concreto, podendo valer-se, para tanto, inclusive, de elementos externos ao sistema”.¹⁰¹ Ocasiona, dessa forma, uma redução da tipicidade a um grau mínimo, o que propicia uma maior mobilidade ao sistema. No Brasil, sua “consagração legislativa e sua influência jamais alcançaram o patamar atual, sobretudo porque tais cláusulas, hoje, são poderosos instrumentos postos a serviço da tarefa de concretização dos direitos fundamentais”.¹⁰²

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 320.

¹⁰⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172-173.

¹⁰¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172-173.

¹⁰² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172-173.

Desse modo, a cláusula geral de atipicidade, como texto normativo, norteia o sentido e o alcance do artigo 190 CPC/2015, o que permite, assim, a “derrogação consensual de normais legais por vontade das partes”, e, com isso, confere à vontade das partes um caráter normativo.¹⁰³

A entrada do Código de Processo Civil de 2015, certamente, propiciou que essa matéria pudesse abordar, no artigo 190, a cláusula geral de convencionalidade, possibilitando às partes redesenhar o processo. É natural que uma mudança de tamanha envergadura geraria grandes debates ao tentar estabelecer os cabimentos e limites dessas convenções processuais.¹⁰⁴

Com base nas análises anteriores, percebeu-se que, apesar do Código de Processo Civil de 2015 não ter criado o instituto das convenções processuais, porque já havia previsão na legislação anterior, inovou ao criar uma cláusula geral voltada para os negócios jurídicos processuais. Mesmo antes do advento da cláusula geral de convencionalidade, já existiam alguns negócios jurídicos processuais tipificados; o CPC 15, além de estabelecer uma cláusula geral, acrescentou também alguns novos

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p.146-147.

¹⁰⁴ PEREIRA, Lorena Dourado Mapurunga. *Negócios Jurídicos Processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 76.

A respeito da inserção da cláusula geral, o Supremo Tribunal de Justiça assim entende: “[...] Contudo, é igualmente correto afirmar que o novo CPC, ao estabelecer, em seu art. 190, caput, uma cláusula geral de negociação por meio da qual se concedem às partes mais poderes para convencionar sobre matéria processual, modifica, substancialmente, a disciplina legal sobre o tema, de modo que, a partir de sua entrada em vigor, é admissível a celebração de negócios processuais não especificados na legislação, isto é, atípicos. Para que se compreenda melhor essa inovação e para que se possa dar adequada interpretação à cláusula geral de negociação processual instituída pelo art. 190, caput, do novo CPC, é preciso lembrar, ainda que sinteticamente, de duas diferentes matrizes filosóficas do processo judicial: o contratualismo e o publicismo. Em muitos momentos históricos essas opostas linhas de pensamento se colocaram em tensão. Ora se percebe uma maior influência do contratualismo, no sentido de conferir às partes um maior protagonismo e autonomia na condução e resolução de seus conflitos, inclusive na seara judicial; e ora se observa uma inflexão em direção ao publicismo, reduzindo a esfera de atuação das partes para conferir ao Estado o amplo poder de dizer o direito com pouca ingerência das partes sobre o modo pelo qual isso se concretizará. Nesse contexto, o que pretende o novo CPC, salvo melhor juízo, é encontrar pontos de convergência e de equilíbrio entre essas duas correntes que sempre foram colocadas em posições antagônicas, de modo a permitir uma maior participação e contribuição das partes para a obtenção da tutela jurisdicional efetiva, célere e justa, sem despir o juiz, todavia, de uma gama suficientemente ampla de poderes essenciais para que se atinja esse resultado. Daí porque o art. 190 do novo CPC, além de prever, em seu caput, a possibilidade de adaptação consensual do procedimento em razão da especificidade da causa ou de convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes, ressalva expressamente, no parágrafo único, a possibilidade do controle de validade dos referidos acordos pelo Poder Judiciário, que poderá negar a sua aplicação, por exemplo, se houver nulidade [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1738656/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 dez. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=05/12/2019. Acesso em: 21 fev. 2021).

negócios jurídicos típicos, como é o caso da perícia consensual, na qual as partes do negócio jurídico escolhem um perito para a realização da perícia, não cabendo, dessa forma, ao juiz escolher alguém de sua confiança. Esse é um grande exemplo de negócio jurídico processual típico que não existia nos códigos anteriores, mas que passou a valer com o advento do CPC/2015.¹⁰⁵

O Código de Processo Civil de 2015 menciona que os direitos devem admitir autocomposição; sabemos que isso é um ponto consensual, que essa opção, estabelecida pelo CPC/2015, foi extremamente importante por elastecer a aplicabilidade da autocomposição processual, fugindo dos limites, especialmente, dos limites previstos nas leis de arbitragem que vinculam a questão da disponibilidade do direito. Dessa forma, mesmo sendo mais aprofundado no capítulo seguinte, afirma-se que a cláusula geral nos coloca diante de direitos mais amplos, portanto, os direitos coletivos e difusos se encaixam perfeitamente já que não é de agora que vinham sendo objetos de autocomposição, como é o caso da Lei de Ação Civil Pública; isso porque já contemplava o compromisso de ajustamento de conduta com a ferramenta de autocomposição pré e processual, nos litígios que versem sobre direitos coletivos.¹⁰⁶

O grande diferencial desse novo código foi, sem dúvida, “o reconhecimento expresso, por meio da cláusula geral, a possibilidade de convencionar sobre procedimento e sobre situações jurídicas processuais”; isso, anteriormente, era muito questionado pela previsão de considerar apenas alguns negócios jurídicos típicos sem, no entanto, propiciar maiores esclarecimentos acerca dos requisitos e limites para a realização das convenções processuais.¹⁰⁷

A cláusula geral do artigo 190 e 200 do CPC/2015 permite, amplamente, nas hipóteses em que se admita autocomposição do direito envolvido, que as partes possam também disciplinar regras para o procedimento. Essas cláusulas gerais movimentam as convenções processuais de uma maneira um pouco diferente do que

¹⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303.

¹⁰⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁰⁷ PEREIRA, Lorena Dourado Mapurunga. *Negócios Jurídicos Processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 85.

se via até o código de 2015; isso porque, com as cláusulas gerais, possibilita-se o sistema para as chamadas Convenções processuais atípicas, assim, não se prende mais ao que o legislador previu tipicamente.¹⁰⁸

Nesse contexto, há, no Código de Processo Civil de 2015, uma série de negociações processuais expressamente previstas, como do foro de eleição; prorrogação de prazos peremptórios do artigo 222, § 1º; trata, ainda, das convenções sobre capacidade no artigo 75 § 4º; convenções processuais voltadas para a escolha do perito no artigo 471; convenções para a modificação do ônus da prova no artigo 373 § 3º; convenções processuais para atribuir a certos sujeitos atos em execução. Outro exemplo de tipicidade negocial processual trata-se da suspensão da audiência de instrução; percebe-se, com isso, que já convivíamos com os negócios jurídicos processuais, todavia, os códigos anteriores autorizavam somente os negócios processuais que eram previstos na lei.¹⁰⁹

Constata-se, assim, a existência de um grande espaço de negociação disciplinada expressamente, permitem que as partes usem a criatividade e possam ir além daquilo que está previsto. Diante disso, propicia que as partes se adaptem ao processo previsto na lei às suas necessidades práticas.¹¹⁰

Ademais, por meio da celebração dos negócios jurídicos processuais, por exemplo, em momento prévio ao processo, a litigância começa a ser antecipada para

¹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 88-92.

Para Didier, a cláusula geral é um texto normativo, cujo a hipótese fática “é composta por termos vagos e conseqüentemente possui efeito jurídico indeterminado” (FREDIE, Didier. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p.56). Ou seja, a cláusula geral se trata de enunciado normativo que possui normalmente uma linguagem com interpretação aberta; não se trata de uma norma pronta, carece de complemento e construção pelo intérprete (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91). E continua: “Na técnica da Cláusula geral, o legislador não tipifica, limitando-se a positivar uma espécie normativa com incompletude estrutural: nem todos os elementos do suposto normativo estão presentes, e nem sempre são previstas as conseqüências jurídicas que extraem do seu preenchimento pelo suporte fático.

Diante de uma cláusula geral, é o aplicador da norma que deverá interpretar o suposto normativo e determinar a conseqüência jurídica que deva ser observada. Note-se, todavia, que, na aplicação das cláusulas gerais, não pode o aplicador afastar-se completamente da diretriz fixada pelo legislador. Decerto que ao intérprete da norma toca a tarefa de revelar-lhe o enunciado, completando, no processo aplicativo, o suposto normativo e suas conseqüências jurídicas. Porém, deve fazê-lo adstrito ao direcionamento apontado pela cláusula Geral”.

Percebe-se, aqui, um rompimento da ideia de que os acordos processuais só seriam aqueles previstos previamente pela lei, admitindo também convenções processuais atípicas.

¹⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303.

¹¹⁰ CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 93-103.

a ocasião da celebração do contrato, o que gera uma maior preocupação quanto ao planejamento contratual e uma espécie de “consultoria de processo”. Além disso, o processo é fonte de incertezas e riscos; os negócios jurídicos processuais em contratos representam uma forma de previsibilidade, visto que se constrói um processo em que se tem noção de como se desenhará. Assim, todo o desenrolar da lide processual não ficará sob a responsabilidade do julgador, porque as partes definirão a priori.¹¹¹

Um ponto importante para salientar é que os negócios processuais vieram modificar as tratativas das partes, ou seja, qualquer que fosse o cálculo, o procedimento sempre era considerado uma constante, não entrava nos jogos das variáveis. Hoje, no entanto, o procedimento tornou-se mais uma variável que vai interagir com as demais variáveis para que o indivíduo analise se irá ajuizar a ação ou não. Diante desse pensamento de procedimento variável, as partes passam a construir a negociação, trocas entre o direito material e o processo, o que promove uma harmonização na relação entre o direito material e o processual.¹¹²

Desse modo, o CPC/15 possibilitou uma grande mudança, a qual tem ocorrido no Brasil com base no arrefecimento do publicismo processual e empoderamento das partes. Isso não representa abandonar o publicismo e a condução do processo pelo

¹¹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹¹² CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1434-1472.

No que se trata da harmonização entre o direito material e processual, quando analisados a partir do instituto das convenções processuais, Cabral faz relevante afirmação: “Os requisitos formais previstos em normas materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados harmonicamente”.

Yarshel, compartilhando também dessa ideia, exemplifica o regime das invalidades como prova de que as normas materiais e processuais poderão ser conjugadas harmonicamente: “O caráter híbrido da situação – que envolve direito material e processual- fica consideravelmente evidente. De um lado, há vício em negócio jurídico sob a ótica dos requisitos exigidos pelo direito material. Contudo, invalidar o negócio significa invalidar atos processuais e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC: a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente sejam independentes; b) não se reconhece a invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação daquela; c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes (CPC, artigos 279 e 280). Portanto, quer aferir o interesse de agir, quer para se julgar o mérito de eventual ação anulatória por vício de incapacidade é preciso considerar o regime de invalidades estabelecido pelas regras de processo. O mesmo vale para outras hipóteses de anulabilidade do negócio” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 77-78).

juiz, aliás, reconhecer que o processo é um direito público é uma conquista democrática do Brasil.¹¹³

Salienta-se também que o CPC/15, ao ampliar o instituto das convenções processuais e estabelecer a cláusula geral negocial, teve como objetivo revitalizar as negociações; assim, não se afirma que existirá sempre a convergência de interesses – cada um tem o desejo de ganhar sua causa – mas sim uma convergência de interações para aquele ato específico,¹¹⁴ visto que as partes operam em conjunto, isto é, se há alguma questão processual que as partes possam convencionar, dentro de uma percepção de que a negociação será benéfica para ambas as partes, celebra-se o negócio jurídico processual.¹¹⁵ Pensar num processo fragmentado, em vários fleches processuais, é considerar uma série de possibilidades para customizar os contratos, para que, caso haja litígio, possa minimizar o impacto do litígio contencioso.¹¹⁶

É nesse contexto que o CPC/2015, com base na cláusula geral de negociação, possibilita que as partes flexibilizem e adaptem o procedimento; todavia, é digno de nota que, apesar dessa grande abertura de liberdade às partes no processo, a norma processual estabelece também limites à convencionalidade processual, os quais poderão ser objeto de controle de validade quando não observados. Isso será abordado no item a seguir.

¹¹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 180-184. Todavia, o autor também demonstra a cautela: “Num momento em que, em vários campos da atividade estatal, fala-se em eficiência, efetividade, redução de custos, simplificação e celeridade, paulatinamente o procedimento foi sendo atropelado por sucessivas reformas da lei processual. A solução legislativa para a crise de eficiência do processo tem sido nos últimos anos, a drástica redução do procedimento. Mas o processo estatal não poderá simplificar-se eternamente. A supressão dos atos processuais tem limite: não é possível mutilar o processo ad infinitum; há um mínimo de garantias que o procedimento oferece às partes. Assim, se, para evoluir, o legislador não pode simplesmente suprimir o procedimento, é imperativo que o processualista admita formas processuais alternativas à legalidade estrita, e que possam concretizar todos estes escopos sem eliminar o procedimento; ao contrário, autorizando-lhe a adaptação. [...] Nossa intenção não é “privatizar” o processo ou eliminar o Estado da relação jurídica processual, o que sequer seria possível. O objetivo aqui é revitalizar o “contrato”, o “acordo”, como opções de configuração normativa para o direito processual, de maneira que o processo judicial volte a ser um instrumento atrativo e eficiente de solução de controvérsias em inúmeros casos em que os litigantes talvez não quisessem optar pelo procedimento padronizado, ordinarizado, rígido.”

¹¹⁴ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

¹¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-304.

¹¹⁶ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

2.2 LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A leitura dos itens precedente permite-nos observar que negociação jurídica tem como base fundamental a autonomia das partes para autorregrem suas vontades; todavia, quando aplicada, na seara processual, ela esbarra em alguns limites substanciais e processuais que irão apascentar a condução das convenções processuais.

É esse tema que iremos analisar nos próximos tópicos; os requisitos estabelecidos no artigo 190 do CPC/15 para o aperfeiçoamento, de maneira que não contemplaremos apenas como limitações da aplicação do instituto.

2.2.1 Requisitos de validade do negócio insculpidos no art. 190 do CPC/15

Para o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos processuais, o instituto estabeleceu a necessidade de observar alguns requisitos legais, “o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; as partes devem ser plenamente capazes; a alteração deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes”. Nesse contexto, cumpridas as condições do dispositivo, as convenções ficam condicionadas a direitos que admitam autocomposição.

Como dito, ao utilizar a expressão “direitos que admitam autocomposição”, o legislador optou por reconhecer que esses direitos são bem mais amplos que os disponíveis. Não se percebe, aqui, um sentido de limitar a negociação processual atípica aos direitos disponíveis, mas de ampliar a convencionalidade, inclusive, aos direitos indisponíveis, desde que admitam autocomposição material.¹¹⁷ Cumpre, aqui, salientar a importância da afirmação retro, mesmo que o assunto seja abordado em item específico a posteriori, visto que é fundamental para sustentar-se a ideia central do trabalho, qual seja a aplicação do instituto à tutela coletiva, tão envolto de interesse público e muito confundido com indisponibilidade desses direitos.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, [s. l.], 21 out. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em: 12 maio 2020.

Esse limite inicial, imposto pelo dispositivo, produz uma questão bastante controversa na doutrina, sobretudo, quando se considera que boa parte dela identifica autocomposição com disponibilidade dos direitos. A questão deve receber tratamento mais reflexivo, de modo a não haver nenhuma dificuldade operacional em relação a esse conceito, tendo em vista que a autocomposição se relaciona mais à técnica para a solução de conflitos do que ao direito discutido no processo. Assim, poderá haver direitos, ainda que indisponíveis, passíveis de autocomposição (por sua relevância para o estudo, o tema será abordado em item específico).¹¹⁸

A permissibilidade de autocomposição do direito material em litígio é um requisito relacionado à liberdade da vontade das partes e constitui importante balizador na possibilidade de convenção processual. Nota-se que a autocomposição está ligada diretamente à capacidade das partes na disposição dos seus direitos, ou seja, está conexas com a possibilidade de o indivíduo gerir o exercício de seus direitos.¹¹⁹

No que se relaciona à vulnerabilidade, “pressupõe-se que as partes estejam em condições razoáveis de igualdade para negociar”¹²⁰. Far-se-á necessário que os sujeitos da convenção possuam capacidade técnica e capacidade econômica equiparadas¹²¹, de modo que não possa ocorrer qualquer vício no sentido de manipulação pela parte que detém o maior poder, com intuito de se livrar de ônus,

¹¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 295.

¹¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 295.

¹²⁰ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=30. Acesso em 12 jun. 2020.

¹²¹ A esse respeito, defende Mitidiero, acerca do diálogo entre o CPC e o Código de defesa do consumidor, que se faz necessário priorizar a tutela do vulnerável. “O diálogo de recíprocas influências sistemáticas entre o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor oferece-se fundamental neste particular, máxime o teor do art. 83 do CDC, que autoriza o emprego, pelo intérprete, da forma de tutela jurisdicional que proteja de maneira mais efetiva a esfera jurídica do consumidor”. (MITIDIERO, Daniel. Diálogo das fontes de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. *In*: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 61).

Ainda, nesse sentido: “O direito do consumidor, por exemplo, pode ser visto como direito fundamental à proteção. Ou seja, como direito às prestações normativas capazes de impor condutas e proibir ações para a proteção do consumidor. Do lado dessa espécie de direito à proteção- concretizado em parte do código de Defesa do Consumidor-, assume relevo, para a efetiva proteção do consumidor, a estruturação de técnicas processuais idôneas à sua proteção – também idealizada no Código de Processo Civil”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 47-48).

deveres e dificultando a atuação da parte mais fraca.¹²² A partir disso, conclui-se que o dispositivo atua como “uma espécie de norma de extensão, trazendo para os vulneráveis e hipervulneráveis os mesmos limites postos para as demais esferas, no que toca ao controle de conteúdo dos negócios jurídicos processuais”.¹²³ Ademais, as leis que tutelam vulneráveis deverão desempenhar uma “função paramétrica, numa conjunção típica do diálogo de fontes”, para, assim, cumprirem o controle de conteúdo dos negócios jurídicos processuais firmados por vulneráveis.¹²⁴

O pressuposto, tratado no artigo 190, quanto à vulnerabilidade, trata-se dos casos em que não houve livre disposição entre as partes ou se a parte se encontra em situação de vulnerabilidade. Se aplicarmos uma interpretação literal do artigo 190, irão surgir demasiados questionamentos, porque, conforme interessante questionamento considerado por Gustavo Osna, esse artigo possui alguns curingas que dificultam a compreensão e consolidação por parte do processualista, dentre eles, a vulnerabilidade como um dos principais, pela seguinte questão: a vulnerabilidade, estabelecida nos negócios jurídicos processuais, refere-se à vulnerabilidade prévia, ou seja, ela deverá ser aferida no ato da celebração do acordo pré-processual; ou o artigo 190 do CPC/2015 estaria se preocupando com a possibilidade da parte se tornar vulnerável a partir do momento da celebração do negócio jurídico processual, vulnerabilidade superveniente, de forma que a celebração do acordo deixa a parte numa posição vulnerável.¹²⁵

Supõe-se que, na celebração de um contrato de compra e venda de determinado apartamento, em que ambas as partes não estão vulneráveis e não existe vulnerabilidade prévia, cria-se cláusula específica para estabelecer que, caso haja disputa, uma das partes poderá produzir provas e a outra não poderá produzir; uma das partes poderá apresentar recursos e a outra não; por mais que não houvesse

¹²² TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: http://www.fernandartartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=30. Acesso em 12 jun. 2020.

¹²³ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 141-172, nov. 2015.

¹²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da ESMESE*, Aracajú, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹²⁵ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

uma vulnerabilidade prévia, cria-se uma vulnerabilidade superveniente. Nesse caso, configuraria uma negociação válida, porém, houve um acordo que fez com que se chegasse a um desequilíbrio superveniente. Para o doutrinador, apesar desse assunto não ser uma preocupação evidenciada pelo 190, é um tema que gera insegurança.¹²⁶

Quanto à capacidade das partes, os sujeitos aptos a realizarem uma convenção processual seriam as partes plenamente capazes. Nesse requisito, é preciso perceber que, quando o código usa a expressão plena capacidade, está fazendo alusão à necessidade de capacidade processual dos sujeitos da convenção, de ser parte e de estar em juízo, admitindo-se, em relação aos incapazes, o suprimento dessa incapacidade mediante representação ou assistência conforme for o caso.¹²⁷

Por outro lado, percebe-se também que o artigo 190 CPC/15 não faz referibilidade apenas à capacidade processual, afinal, as partes poderão realizar acordos pré-processuais.¹²⁸ Nesse caso, trata-se de um requisito “comum imposto para a prática de um ato jurídico e para a atividade negocial”¹²⁹, utilizado tanto na legislação civil quanto na processual. Assim, tendo em vista que a convenção processual é um negócio jurídico processual, tem o intuito de “produzir efeitos no processo (mesmo futuro), deve, em princípio, respeitar os pressupostos processuais.”¹³⁰

¹²⁶ OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

Para o professor, as partes têm sempre a perspectiva de algum benefício, ainda que posteriormente gere vulnerabilidade. Primeiramente, a parte celebra o negócio jurídico processual conforme seu interesse, abdicando as vezes até mesmo de algum elemento material para firmar o negócio, ou seja, celebra-se o negócio jurídico processual ainda que se coloque em desequilíbrio. No entanto, é importante analisar que caso essa lide alcance o judiciário, este terá apenas a visão do desequilíbrio em si, não terá toda a perspectiva em torno da celebração do contrato. Notável exemplo referido por Osna, é o caso ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo em 2017, que invalidou um negócio jurídico processual inserido em contrato de locação no qual tinha previsão similar a anteriormente dita, qual seja, a parte poderia produzir prova ou recurso e outra parte não. O entendimento do TJSP foi de não ser possível a validade do acordo por ter gerado um desequilíbrio superveniente entre as partes.

A provocação que o professor faz é que o Tribunal de Justiça desconheceu o contexto em que foi inserido a cláusula, se ela foi de fato inserida num contexto abusivo ou inserido numa situação em que foi atribuído um desconto considerável à outra parte.

¹²⁷ ASSUMPÇÃO, Daniel. *Manual de direito processual civil*: Volume único. 10. Salvador: Juspodivm, 2018.

¹²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 272-273.

¹²⁹ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 254. p. 91-109, abr. 2016. p. 106.

¹³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 295.

Nesse sentido, “importa o atendimento à capacidade processual”¹³¹, entendimento igualmente defendido por Cabral ao afirmar que esta capacidade processual é resultado da conjunção de ser parte e estar em juízo, portanto, dividida em “capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo”¹³²; em outras palavras, a capacidade das partes “consiste na aptidão para praticar atos processuais, pessoalmente ou pelas pessoas legalmente indicadas (art. 75 do NCPD)”¹³³.

Mesmo com toda a controvérsia doutrinária a respeito do tema, a cláusula geral que trata das convenções processuais exige a plena capacidade das partes, no entanto, não esclarece a que capacidade se refere. Dessa forma, por se tratar de um negócio processual “a capacidade, o objeto e a forma devem atender às exigências processuais”.¹³⁴

Tal como observado, a representação, a assistência e a curatela são mecanismos que suprem a incapacidade das partes, seja absoluta ou relativa, atribuindo-lhes a possibilidade de estar em juízo, logo, de celebrarem convenções processuais.

Alguns autores afirmavam não ser possível a aplicação do instituto nas causas que envolvam direito do trabalho¹³⁵ ou direitos consumeristas, porque a parte seria

¹³¹ GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3. p. 586.

¹³² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 297.

¹³³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 254. p. 91-109, abr. 2016. p. 103. Pensamento contrário a esse é defendido por Yarshell: “O negócio processual exige sujeitos ‘plenamente capazes’ (art. 190, caput). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes – ainda que na pessoa de seus representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 63-80.). No entanto, questiona-se: O autor defende que o ente, ainda que despersonalizado, poderá celebrar negócios jurídicos processuais, desde que representados, dessa forma, o que impediria a celebração de convenções processuais por incapazes quando supridas as suas incapacidades por meio de representação?

¹³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3. p. 55-56.

¹³⁵ No que diz respeito às convenções processuais na seara trabalhista, existe uma instrução normativa nº 39 de 2016 do Tribunal Superior do trabalho que dispõe sobre o que do CPC/15 irá ser aplicado ao processo do trabalho. Essa instrução normativa afirma que os negócios jurídicos processuais não terão aplicação na justiça do trabalho, todavia: “os negócios jurídicos processuais, embora integrantes da categoria dos atos jurídicos, ainda geram alguma controvérsia no tocante à sua aplicabilidade na justiça especializada; o instituto foi trazido à ordem jurídica brasileira pelo CPC/15, especialmente pelo constante em seus artigos 190 e 191, cuja aplicação foi inicialmente negada à área (IN TST n. 39/16, art. 2º, inc. II), sendo atualmente “bem vistos” (embora com cautelas), bem

vulnerável e o hipossuficiente deveria ser protegido. Chegou-se a afirmar que, nessas causas, os negócios jurídicos processuais seriam inválidos justamente pela presença de um vulnerável, trabalhador ou incapaz. No entanto, parece ser um grande equívoco, porque, caso se considere a ideia de que o art. 190 § único menciona a vulnerabilidade manifesta de uma das partes, isso pode ocasionar a invalidade da convenção, de forma que estaria determinando a invalidação de todo e qualquer negócio jurídico processual, o que torna essa premissa equivocada.¹³⁶

Dessa maneira, não é pensar que se protegerá o vulnerável com invalidade, porque o pretexto de protegê-lo poderá deixá-lo mais desprotegido, gerando uma situação fática em que a aplicação da regra legal se torna mais prejudicial ao vulnerável ou incapaz do que a aplicação da regra da convenção.¹³⁷ A partir disso, pode-se perceber que o instituto das convenções processuais poderá ser aplicado num espectro de causa muito mais amplo.

Corroborando, também, para o presente estudo que, além dos requisitos estabelecidos no artigo 190 CPC/15, o controle judicial dos acordos processuais deverá considerar as normas constitucionais que orientam os negócios e os processos, em que pese ser os princípios constitucionais “fonte de eficácia vertical imediata, que deve ser reconhecida e aplicada, sendo marca indelével de nosso sistema”, as quais serão objeto do item subsequente.¹³⁸

2.2.2 Princípios constitucionais do processo e sua vinculação aos negócios: a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O processo civil é norteado por princípios nucleares, sendo seu alicerce, sua disposição fundamental e incidirá diretamente em diversas normas, além de ser

como expressamente citados no ato n. 11/CGCJT, de 23 de Abril de 2020, e, em meio doutrinário, tidos como instrumentos capazes de reverter os atos processuais praticados durante a pandemia (em situações extraordinárias) de uma maior segurança jurídica.” (NAHAS, Thereza Cristina; FINCATO, Denise; CAMPOS, Amália Rosa de. *Prática do Processo do Trabalho: Do presencial ao virtual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 202).

Assim, em situações extraordinárias, se percebe a gradativa mudança de pensamento a respeito da aplicabilidade do instituto, justamente pelo surgimento de situações que levam o judiciário a se valer da convenção processual como forma de buscar melhores resultados na condução do procedimento.

¹³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 157-158.

¹³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 297-299.

¹³⁸ ARAÚJO, Fabio Caldas. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 757-758.

utilizado como critérios para a sua exata compreensão. Desse modo, a violação desses princípios torna-se muito mais grave que a transgressão de qualquer outra norma, porque sua não observação implicaria ofensa a todo o sistema jurídico e seus valores fundamentais.¹³⁹

Assim, além do conjunto de requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil, os negócios jurídicos processuais atípicos deverão observar também os princípios que compõem o ordenamento jurídico. As garantias constitucionais processuais são postas como pressupostos essenciais do exercício e tutela dos direitos fundamentais, utilizadas para exprimir os meios, instrumentos e procedimentos como forma de assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais.¹⁴⁰

As garantias processuais servindo como pressupostos de validade dos atos, tem como o objeto a proteção dos direitos individuais e estruturas do Estado. Introduzem no processo e em seus procedimentos instrumentos para a realização da vontade do indivíduo e garantia a uma tutela efetiva.¹⁴¹

Alvaro de Oliveira afirma que o processo é uma autêntica ferramenta de natureza pública para a realização da justiça e pacificação social, com o que “não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado”.¹⁴²

A garantia constitucional no processo é embrionária do artigo 5º, LIV da Constituição Federal, a qual rege que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.¹⁴³ Esse princípio caracteriza-se pelo trinômio, segundo Nelson Nery, vida, liberdade e propriedade, assim, tudo que fizer referência ao direito de liberdade, da vida ou de propriedade estará sob a proteção do devido processo legal.¹⁴⁴

¹³⁹ MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 409.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 418.

¹⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 80.

¹⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, [2004]. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 21 fev. 2021. p. 2.

¹⁴³ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

¹⁴⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.

A partir da ideia de que o direito de liberdade se encontra incorporado ao trinômio do *due process of law*, os negócios jurídicos processuais também são pautados pelo princípio da autonomia da vontade com a consequente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos pertinentes ao negócio, desde que esses atos não atentem contra normas cogentes. Desse modo, conclui-se que o princípio constitucional da liberdade incide diretamente no processo e é a partir da dicotomia da liberdade e da autonomia da vontade que surge o subprincípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o qual pode se manifestar em quatro zonas de liberdade, conforme Didier: i) liberdade de negociação, que irá ocorrer na zona das negociações preliminares, antes do negócio; ii) liberdade de criação, a qual se trata da possibilidade das partes autocomporem negócio conforme seus interesses individuais; iii) liberdade de estipulação, ou seja, estabelecer o conteúdo negocial; iv) liberdade de vinculação, faculdade de celebrar ou não o negócio.¹⁴⁵

Portanto, essa garantia constitucional assegura que não somente o processo seja resguardado como também todos os procedimentos serão construídos a partir da filtragem constitucional para serem capazes de produzir resultados constitucionalmente legítimos, visto que todas as normas cogentes devem ser analisadas a partir da ótica constitucional.¹⁴⁶

O artigo 5º, caput I, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, faz referência direta à paridade das armas no curso do processo; assim, significa que, durante todo o processo, as partes deverão ser tratadas de maneira isonômica pelo magistrado, ofertando a todo o tempo oportunidades e condições para as suas manifestações, de modo a proporcionar condições reais para a efetivação dessa igualdade.¹⁴⁷

Por isso, a definição de “paridade ou igualdade de armas” utilizada não se refere somente ao dever de ofertar igualdade de oportunidade aos litigantes; significa que se deve buscar equilibrar constantemente o plano processual e que, conseqüentemente, ocasionará a determinadas situações, um tratamento desigual. Todavia, haveria justificativa para a desigualdade pela busca da segurança e

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. 19-25.

¹⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335-336.

¹⁴⁷ BUENO, Cassi Scarpinella. *Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.146-147.

equidade processual.¹⁴⁸ Na medida em que aplicássemos tratamentos iguais a indivíduos diferentes, não se lograria êxito algum, assim, a aplicação dessa forma rigorosa acabaria sobressaltando as diferenças e não diminuiria a desigualdade.¹⁴⁹

O princípio da isonomia processual aplicado ao instituto dos negócios jurídicos processuais faz sobrepesar a ideia apresentada pelo artigo 190 do CPC ao invalidar negócios jurídicos processuais nos quais alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Por exemplo, as partes convencionam que apenas um contratante terá o direito de recorrer da sentença; a cláusula nessa circunstância é inconstitucional, posto que feriria tanto o princípio da isonomia quanto do contraditório e ampla defesa, portanto, seria inválida. De outra banda, se todas as partes convencionarem que não irão recorrer da sentença, de acordo com as decisões mais recentes, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (que tem firme orientação no sentido de que o duplo grau jurisdicional não constitui garantia constitucional), não haveria inconstitucionalidade *prima facie*. Ademais, também não estaria ferindo o princípio constitucional da isonomia, visto que todas as partes estariam numa conjuntura de igualdade no plano processual.¹⁵⁰

Outra importante garantia constitucional a ser observada e que servirá como limitadora dos negócios jurídicos processuais é a estabelecida no artigo 5º XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa garantia alberga o direito de acesso à justiça e atinge a todos indistintamente, não podendo o legislador ou qualquer outra pessoa impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensões.¹⁵¹

Isso representa que a qualquer momento, havendo ameaça ou violação a direito, poderá o indivíduo ou ainda uma coletividade postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Em se tratando de negócios jurídicos processuais, será nula a cláusula que estabeleça qualquer forma de

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, [2004]. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁴⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 82.

¹⁵⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e o poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 319-322.

¹⁵¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170.

inviabilidade de acesso ao Poder Judiciário, todavia, as partes poderiam convencionar que, havendo a necessidade de postulação em juízo, a forma para a resolução do imbróglio será realizada por meio de uma corte de arbitragem, órgãos com competência expressa na própria constituição.¹⁵²

Quando a Constituição Federal, no artigo 5º, LX estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; no artigo 93º, IX que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes”, adotou o princípio da publicidade dos atos processuais.¹⁵³

Esses dois dispositivos servem para tutelar a transparência dos atos processuais, evidenciando o resguardo da garantia ao direito de que todo cidadão tem de ter conhecimento e acesso a todos os atos processuais, ressalvados os casos estabelecidos em lei, em que a publicidade poderá ser restringida para resguardar outros direitos igualmente fundamentais relacionados à defesa da intimidade ou quando o interesse social exigir.¹⁵⁴

Sendo a publicidade dos atos processuais a regra aplicada a todos os processos, não será possível a convencionalidade de uma cláusula que restrinja essa publicidade, assegurada por disposição constitucional, a menos que seja evidenciada a violação a um direito fundamental maior como justificativa.

Ademais, à luz das constituições anteriores, que já se posicionavam no sentido de serem inadmissíveis as provas obtidas de maneira ilícita, a Constituição Federal de 88, no artigo 5º LVI, do mesmo modo, evidenciou a inadmissibilidade processual de provas que tenham sido obtidas por meio de desrespeito aos direitos e liberdades individuais garantidos pela Constituição.¹⁵⁵

Dentro da ideia de limites, um dos parâmetros muito afirmados pelo Código de Processo Civil é o de que todos devem agir de boa-fé; o dispositivo determina que,

¹⁵² PEREIRA, Lorena Dourado Mapurunga. *Negócios processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 90-91.

¹⁵³ ASSIS, Araken de. *Processo Civil: parte geral - institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 1. p. 1292.

¹⁵⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 213.

¹⁵⁵ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 372.

durante todo o procedimento, as partes devem agir de forma que não haja a quebra dos deveres de confiança. Os códigos anteriores não tratavam diretamente do dever de boa-fé processual, apenas reprimiam a má-fé, de modo a considerar litigância de má fé toda ação ou omissão que alterasse a verdade dos fatos, interpusse recurso meramente protelatório ou qualquer movimento que visasse o retardamento do processo; contudo, o CPC 2015 inseriu a boa-fé como nova norma fundamental.¹⁵⁶

Esse princípio pressupõe a adequada prestação de informação para que a convenção processual seja válida. As partes deverão ter conhecimento de todo conteúdo do pacto, para que, então, consigam prever a amplitude do vínculo que, por meio deles, estão assumindo.¹⁵⁷

Os princípios constitucionais processuais foram criados para formar uma estrutura que garantisse os direitos e aplicação dos institutos previstos, de maneira que se alcancem resultados constitucionalmente legítimos.¹⁵⁸ As garantias fundamentais do processo servem como princípios norteadores na construção das convenções processuais, acarretando, assim, uma espécie de filtragem constitucional, pois as leis devem ser analisadas sob a ótica da Constituição para a sua eficácia.¹⁵⁹

Segundo Greco, a observância das garantias fundamentais do processo é uma inferência que se faz a partir da presunção de nulidade da convenção que viola princípios constitucionais indisponíveis.¹⁶⁰ No mesmo entendimento, Marcelo Machado afirma que “a transação quanto à técnica processual e a privatização do processo têm limites objetivos no núcleo essencial previsto pelo devido processo legal. É dizer, a necessidade de os princípios do processo serem preservados no seu mínimo essencial”.¹⁶¹⁻¹⁶²

¹⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 317-318.

¹⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 317-318.

¹⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Processo Civil: parte geral - institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 1. p. 1277.

¹⁵⁹ RETES, Tiago A. Leite. Recursos e convenções processuais: entre efetividade e garantias processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Nogueira (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 429.

¹⁶⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>. Acesso em: 20 maio 2020. p. 11.

¹⁶¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 349.

¹⁶² De outra banda, Gustavo Osna afirma ser uma tendência na doutrina brasileira implementar limites às normas, além daqueles já estabelecidos: “a doutrina brasileira naturalmente acaba tentando

Contudo, resguardado o núcleo essencial, não seriam essas garantias fundamentais processuais no todo indisponíveis a ponto de proibir a liberdade das partes para convencionar no sentido de sua mitigação. A identificação da validade de cada objeto da convenção processual deverá ser procedida caso a caso em conformidade com os limites impostos, o que exige amadurecimento e uma reflexão aprofundada a respeito do tema.

Analisado o requisito de observância às normas fundamentais, que funcionará como um filtro constitucional para a aplicação do instituto, passa-se a discorrer acerca dos limites específicos da negociação sobre procedimentos. Essa previsão, que oportuniza às partes customizarem o procedimento afigura-se como importante inovação no CPC/15 e coloca em ponto de destaque o interesse das partes em convergirem para a solução da lide, além de privilegiar normas constitucionais e conferir um realce especial à interação entre as partes durante o processo de negociação.

2.2.3 Requisito específico da negociação sobre procedimentos: situações jurídicas processuais e a negociação sobre procedimento

O artigo 190 do Código de Processo Civil, ao evidenciar que as partes plenamente capazes podem “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, faz de forma latente uma diferenciação entre a possibilidade de alterar procedimento e modificar situações jurídicas.

O código de processo civil fomenta a possibilidade de as partes negociarem direitos que admitam autocomposição, todavia, condiciona a modificação dos procedimentos pelas partes a uma justificativa dessa alteração. O requisito específico

colocar alguma gota de acréscimo aos limites já previstos: precisa-se preservar o núcleo das garantias processuais, preservar o núcleo dos valores públicos do processo... São aberturas feitas que geram um espaço de insegurança. Os negócios jurídicos processuais atípicos são uma novidade trazida, nesse contexto de novidade, acabam se sujeitando a um ciclo cultural que de maneira quase que intrínseca à novidade, pouco a pouco vai se delimitando e maximizando a sua utilização.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto de CPC: aproximações preliminares. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. cap. 9, p. 139-155).

da negociação sobre procedimentos demonstra uma grande dificuldade no que toca à justificativa: i) de que forma se efetivaria a demonstração da especificidade da causa; ii) de que maneira poderá ser demonstrado que o procedimento customizado pelas partes é mais efetivo do que o pré-estabelecido pela lei.

Para melhor compreender essa exigência, é necessário entender que toda a organização e estrutura do processo devem ser analisadas a partir do olhar constitucional, assim, para que seja garantida uma tutela jurisdicional efetiva, é necessária a utilização de um procedimento que viabilize o alcance dessa finalidade.

163

O conceito de procedimento está relacionado à ideia de rito, ou seja, é a sucessão ordenada de atos e como irão se inter-relacionar dentro do processo.¹⁶⁴ Por outro lado, as situações processuais decorrem de fatos jurídicos processuais e são exercitáveis em um procedimento;¹⁶⁵ isso significa evidenciar que “embora as situações jurídicas processuais possam surgir no mundo jurídico fora de um procedimento, todas elas estão dirigidas ao exercício em um procedimento.”¹⁶⁶ Assim, é importante ressaltar que pensar em legislar sobre processo é diferente de pensar em legislar sobre procedimento em processo.¹⁶⁷ Explica-se, regular um ato processual trata-se de processo;¹⁶⁸ de outro modo, regular o modo como se efetivará esse ato,

¹⁶³ GODINHO, Robson Renault. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40.

¹⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 415.

¹⁶⁵ DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 127. Para Marcos Bernardes de Mello, “situação jurídica pode ser entendida em sentido amplo, como toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência do fato jurídico, definindo qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito, e em sentido estrito, como eficácia jurídica diferente da relação jurídica” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 78). Ainda no que toca ao conceito de situações jurídicas, Robson Godinho evidencia que “Existem situações jurídicas ativas, que correspondem a permissões normativas para a realização de determinadas condutas (faculdade e poder), e situações jurídicas passivas, que representam uma necessidade (dever, ônus e sujeição.” GODINHO, Robson Renault. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 126.

¹⁶⁶ O autor exemplifica a questão afirmando que “a legitimidade processual das partes é situação jurídica, que pode surgir antes da propositura da demanda, mas que deve ser exercida no procedimento.”: GODINHO, Robson Renault. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 127.

¹⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2. p. 89.

¹⁶⁸ O Processo, “como instrumento, tem uma forma constituída pelos atos e suas relações entre si e a força motriz revelada pela relação jurídica.”: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 89.

refere-se a regular o procedimento do ato.¹⁶⁹ Por exemplo, quando se estabelece que, no ato, terá citação, fica-se diante de processo; por outro lado, quando se afirma que a citação acontecerá por meio de AR, estar-se-á tratando do procedimento da citação, ou seja, o modo como o ato irá acontecer.

O instituto das convenções processuais condiciona a possibilidade de alteração procedimental à demonstração justificada, pela qual o procedimento adotado na convenção é mais adequado que o estabelecido pelo Judiciário.

Trata-se da exigência de um requisito no artigo 190 CPC, que é voltado especificamente para o procedimento,¹⁷⁰ um exemplo que justificaria a especificidade da causa seria uma situação de convenção processual em que as partes estabelecessem a alteração de prazos para a realização de recurso envolvendo representação de menor (modifica-se o procedimento, não o ato) como forma de acelerar a concessão do direito ao menor representado; nesse caso, não incidiria a limitação da capacidade processual em razão da representatividade do menor. Justificadamente, tal como observado no item anterior, a capacidade para a realização de convenção processual está relacionada à capacidade processual de ser parte e de estar em juízo; isso significa que a incapacidade processual será suprida por meio de representação.¹⁷¹

Fazzalari conceitua processo como uma sucessão de atos procedimentais, que, portanto, tende a ir se modificando e se inter-relacionando. Não se trata de situação estanque, como ocorre numa relação. Com esse conceito, o autor tenta superar a ideia de processo como relação, colocando-o mais como procedimento, de maneira a afirmar, em sua teoria, que as posições ou situações processuais não são uma relação unicamente estática, mas são posições processuais que vão se sucedendo dentro do procedimento. A partir disso, as partes teriam direitos, deveres,

¹⁶⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 211.

¹⁷⁰ MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 125.

¹⁷¹ Apesar de se opor à ideia de realização de convenção processual, Yarshell chega a afirmar que “[...] Não se trata mais de titularidade do direito (ou de outra posição jurídica), mas do respectivo exercício. Há, nesse particular, correspondência entre lei material e processual, de tal sorte que a aptidão de exercício de direitos leva ao que se qualifica como capacidade de estar em juízo (CPC, ART. 70).” Conclui com a afirmação de que menores e entes despersonalizados poderão realizar convenção processual, desde que tais partes estejam representadas. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 75).

ônus, faculdades que irão acontecendo em um procedimento para alcançar uma finalidade específica: conhecer ou executar.¹⁷²

Tem-se o processo como instrumento de proteção e efetivação do direito; trata-se de funções procedimentais que visam resguardar a tutela jurisdicional, o que torna imprescindível a adequação do instrumento ao objeto para que se alcance mais facilmente sua finalidade.¹⁷³

O Código, ao exigir que o procedimento deverá se ajustar às especificidades da causa, faz alusão direta ao denominado princípio da adequação do processo, o qual se justifica pela busca de maior efetividade no direito processual, visto que “um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”.¹⁷⁴

A tutela jurisdicional adequada efetivar-se-á apenas se a construção de procedimentos estiver, de fato, adaptada ao caso concreto, seja um procedimento pré-processual, em que seus motivos já estão arrazoados no código pelo legislador, ou na fase processual, em que se permite que o juiz adapte o procedimento de modo a melhor moldá-lo às peculiaridades da causa.¹⁷⁵

O procedimento, à luz do devido processo constitucional, possui 3 papéis fundamentais. O primeiro papel seria o de ordenar logicamente a prática dos atos processuais, garantindo que o processo alcance o resultado. Ele precisa seguir um fluxo contínuo, com início, meio e fim. O que estrutura essas etapas do processo não são, propriamente, as regras do processo, mas as regras de procedimento. O segundo é o de permitir o exercício das garantias constitucionais, especialmente, o direito de defesa, porque, no procedimento, é quando a estrutura permite que se exerçam as garantias constitucionais, oportunidade para defesa, para alegações finais, ordens de alegações finais, sendo todas essas questões relacionadas ao procedimento e não propriamente a uma questão processual. E, por fim, o terceiro, em que o procedimento

¹⁷² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 139-140.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre. v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre. v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre. v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001.

serve acima de tudo para que as partes tenham previsibilidade das ações e confiança no que irá acontecer.¹⁷⁶

A grande questão, quanto ao procedimento é: se ele é somente positivado em lei e não se permite uma adequada tutela do direito material – seja porque o direito material em espécie permite uma tutela de melhor qualidade, por meio de um outro procedimento, seja por conta das particularidades relacionadas às partes do processo, que não conseguem suportar um processo adequado à luz daquele procedimento, ou, até mesmo, pelo fato das partes não quererem esse procedimento estabelecido em lei –, existe algo a ser feito diante desse padrão de déficit procedimental? Por mais que o legislador seja capaz de prever milhares de situações jurídicas ou procedimentos especiais, outras surgirão do ponto de vista objetivo, subjetivo ou da própria vontade das partes, que não vão permitir uma adequada tutela do direito.¹⁷⁷ É necessário reconhecer aos magistrados e às partes a possibilidade de adaptar os procedimentos às peculiaridades da causa, bem como não permitir que recaia somente ao juiz a obrigação de prestar tutela jurisdicional.¹⁷⁸

Atualmente, encontramos, na legislação brasileira, quatro modelos de flexibilização procedimental:

O primeiro modelo refere-se à flexibilização legal ou genérica, em que surgiria uma disposição legal e diria expressamente ao juiz a possibilidade de fazer a adaptabilidade procedimental no processo; seria uma forma de autorização legalmente expressa dessa possibilidade. É o caso do modelo português, existente também na Alemanha, mas não tão amplo. No Brasil, tivemos, no anteprojeto CPC/15, na comissão de juristas, a redação do artigo 139, artigo 6º na atual redação, que evidencia a amplitude da flexibilização legal genérica; nessa situação, estabelecia-se

¹⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100- 102.

¹⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137-139.

¹⁷⁸ REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 2. O autor afirma ainda que “onde quer que se descubra um direito substancial com caracteres específicos que não se coadunam com os tramites do processo comum há de organizar-se um processo especial adequado a tais caracteres”

Nesse mesmo sentido, aponta Gajardoni: “Por isso, o legislador, de acordo com o princípio da adequação, é obrigado a abandonar a ordinary e construir procedimentos diferenciados a atender diferentes situações do direito material. Se ele não o faz, nada impede o juiz o faça, adequando o procedimento aos valores concebidos na Constituição Federal (princípio da adaptabilidade) (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p.181-182).

que o juiz poderia fazer a adaptação em qualquer tipo de procedimento desde que fosse necessário para se adequar às peculiaridades da causa. Todavia, com a nova redação, estabeleceu-se uma adaptação mitigada, porque permitiu que o juiz acomodasse as peculiaridades da causa somente com a ampliação de prazos e invertesse o ônus da prova; a rigor, não há na legislação outro tipo de flexibilização procedimental à luz desse modelo.¹⁷⁹

O segundo, o modelo da flexibilização legal alternativa, usado em muitos países, é um modelo em que o legislador também confia ao juiz a calibração, bem como a possibilidade de adaptação procedimental no processo; a diferença efetiva-se porque esse modelo predispõe quais as vias possíveis, ou seja, oferece opções ao magistrado. Assim, é possível citar, por exemplo, o procedimento comum brasileiro, logo após a fase das providências preliminares o juiz precisa decidir entre 3 ou 4 opções; assim, poderá julgar extinto o processo sem mérito, poderá julgar antecipadamente e parcialmente o mérito, poderá julgar antecipadamente e totalmente o mérito ou poderá partir para a fase instrutória. A adaptação depende do caso, mas o legislador concedeu quatro opções. A grande vantagem desse sistema é que se trabalha dentro de regras predispostas pela lei e há como desvantagem o fato de que não resolve as situações não previstas na lei, porque não teria estrutura procedimental mesmo alternativa para aquela situação.¹⁸⁰

O terceiro é o modelo da flexibilização judicial do procedimento, o qual derivaria do devido processo legal constitucional, que, na verdade, permitiria ao magistrado, toda vez que não houvesse um rito adequado, ainda que o legislador não tivesse previamente autorizado, a adaptação do procedimento às particularidades da causa pelo magistrado. Esse é o modelo que mais afeta o processo coletivo, em especial, o processo coletivo estrutural ou estruturante, porque é impossível, à luz da legislação brasileira, tocar o processo estruturante sem que haja uma enorme carga de flexibilização judicial do procedimento pelo juiz.¹⁸¹

O quarto, por sua vez, é o modelo de flexibilização procedimental voluntário; trata-se da adaptação procedimental do processo às particularidades da causa,

¹⁷⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 140-157.

¹⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 158-179.

¹⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 180-212.

realizada pelas partes e não pelo juiz. A grande maioria da doutrina brasileira entende esse modelo conforme o estabelecido no artigo 190 do CPC/2015, que se apresenta com intensidade maior do que ocorre em situações jurídicas processuais; assim, nesse modelo, as partes flexibilizam e adaptam o processo e procedimento aos seus interesses.¹⁸²

Para Galeno Lacerda, a adequação do procedimento apresenta-se sob os seguintes aspectos: subjetivo, objetivo e teleológico.

No aspecto subjetivo, o processo se ajusta às partes, de maneira que o instrumento deverá se adequar para melhor atender às suas necessidades.¹⁸³ Galeno apresenta, por meio do ponto de vista subjetivo, por exemplo, a necessidade de se adequar a competência a partir de um sujeito, de forma que será ele quem definirá a competência.¹⁸⁴

Galeno evidencia, ainda, a adequação teleológica do procedimento, que está relacionada diretamente à ideia de finalidade. Refere-se às diversas funções da atividade jurisdicional. Sob o ponto de vista teleológico, por exemplo, o processo de conhecimento terá que moldar o procedimento para que alcance a sua finalidade, a de conhecer a verdade.¹⁸⁵

Já na adequação objetiva, existe a presença de três critérios, que serão considerados pelo legislador, para adequar o procedimento à tutela jurisdicional: primeiro, a natureza do direito; segundo: a forma como se apresenta o direito material no processo; e, por fim, a situação processual de urgência. A natureza do direito pode fazer com que um procedimento se modifique, pois ele precisará se adequar à natureza do objeto; o direito específico exigirá o tipo de procedimento (exemplos: locação, alimentos, as possessórias, a liminar em ação civil pública). Quanto ao segundo critério, temos, como bom exemplo, o mandado de segurança e ação monitória; no que tange à situação processual de urgência, temos, como grande modelo, a tutela de urgência e o mandado de segurança preventivo.¹⁸⁶

¹⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215-222.

¹⁸³ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 155.

¹⁸⁴ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19-23.

¹⁸⁵ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21.

¹⁸⁶ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21-23.

A partir da ideia do princípio da adequação, desenvolvido por Galeno Lacerda, entendido como princípio mais importante sobre processo e procedimento, poderia se justificar o requisito, exigido no artigo 190 do CPC, por se perceber, nesse princípio, o resultado da ponderação entre dois grandes complexos valorativos, a efetividade e a segurança¹⁸⁷. Afirmar que o procedimento deve ser adequado ao fim parece ser óbvio, todavia, o que é importante examinar é de que forma o procedimento customizado pelas partes atenderia mais ao princípio da adequação que o estabelecido pelo código. À vista disso, se as partes justificarem que o procedimento convencionado entre elas se adequa subjetivamente, objetivamente ou teologicamente melhor que o estabelecido pela lei, talvez, seja o critério que o juiz deverá utilizar para analisar a convenção processual firmada pelas partes.

Dentro dessa ideia, o negócio jurídico processual, previsto no artigo 190 do CPC/2015, tem a previsão de dois objetos:

O primeiro é o chamado acordo procedimental, em que as partes poderão adaptar as suas exigências às do caso concreto; assim, é possível perceber, evidentemente, uma tutela diferenciada sendo colocada, de forma que é justamente a possibilidade do procedimento se adequar às exigências do caso. Um procedimento rígido, imutável não vai ser capaz de atender a todas as exigências do caso concreto, pela existência de muitas variantes, muitas especificidades; foi justamente nesse sentido que artigo 190 CPC/15 afirmou que, se autor e réu entenderem que há especialidades no caso concreto, que exijam uma adaptação procedimental, poderão realizar um acordo procedimental.

O procedimento é uma reunião de atos interligados de maneira lógica com um objetivo final, dentro ou fora do processo, quando se pensar em mudar o procedimento comum, logo, pensa-se em modificar o ato processual, tendo em vista que os atos processuais têm forma, tempo e lugar para serem praticados; a priori, há a ideia de modificar um desses três requisitos formais, tratados pelo CPC/15. Além dessas possibilidades, considera-se o fato de se modificar a ordem dos atos, invertendo a sua ordem, pois, assim, é possível modificar o procedimento.¹⁸⁸ Trata-se da possibilidade

¹⁸⁷ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 155.

¹⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 273.

de incluir atos que não estão previstos no procedimento,¹⁸⁹ a exemplo da réplica, pois o autor só tem direito à réplica se o réu alegar, na contestação, defesa de mérito, defesa indireta ou defesa processual.¹⁹⁰ Dessa forma, efetiva-se um acordo procedimental, em que, independentemente do conteúdo da contestação, o autor teria direito à réplica; nesse caso, o autor só alegaria matéria de mérito direta na sua defesa. Não haveria, portanto, o ato processual, réplica pelo procedimento comum, mas pelo acordo de vontade, de maneira que o ato será praticado. Além de incluir atos não previstos no procedimento, poder-se-á também haver a sua supressão; por exemplo, a lei prevê que, no encerramento da prova testemunhal, dar-se-á a palavra às partes para as alegações finais, podendo o juiz convertê-la em memórias. Nessa toada, poderão as partes convencionar de não haver alegações finais e suprimir esse ato do procedimento comum.

O segundo objeto, previsto no instituto, são as posições processuais ativas e passivas, visto que as partes não irão negociar procedimentos, mas sim ônus, faculdade e direito. Irão convencionar, como objeto, as situações processuais, por exemplo, o ônus da impugnação específica dos fatos; há uma regra no CPC¹⁹¹ que estabelece que todo fato, que o autor alegar e o réu não impugnar, especificamente, será tido como verdadeiro, independentemente da produção da prova, ou seja, todo fato, alegado pelo autor, independentemente da impugnação do réu na contestação, será considerado controvertido e independerá de prova para formar o convencimento

¹⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-304.

¹⁹⁰ Nestes termos: “Artigo 350 CPC/2015: Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova”. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 maio 2020).

¹⁹¹ É o que dispõe o artigo 341 CPC/2015: “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 maio 2020).

do juiz. Assim, afasta-se o ônus da impugnação específica dos fatos daquele processo.

Como percebido, as convenções processuais poderão ter eficácia ímpar para solver problemas de competências, probatórios e até mesmo de coordenação entre diversos juízes, especialmente em tempo hábil. O Judiciário, funcionando em regime de plantão ou por razões de calamidade pública, leva o processo tradicional previsto em lei a não atender de forma adequada às necessidades, podendo as partes necessitarem de adaptações formais para fazer com que o processo alcance de fato sua finalidade. Pode-se citar, nesse caso, convencionar que todas as audiências serão realizadas por meio de uma plataforma digital, de forma a viabilizar a prática do ato jurisdicional.

Também, é possível pensar, sob a mesma perspectiva, em condicionamentos à execução, colocando na convenção uma previsão que vede, durante um certo tempo, que sejam realizados atos executivos no processo. Nesse aspecto, é possível se pensar não só no período de recesso, mas em um período que se estime como razoável até que a situação econômica se recupere minimamente.

Assim, de suma relevância discutir sobre a adaptação procedimental, já que as partes, em um instrumento negocial, disciplinam não apenas o direito material, mas o processo atual ou futuro a ser discutido em juízo. Tal procedimento é percebido apenas em arbitragens, conhecido como “alfaiataria procedimental”, mas também se torna possível no processo judicial perante um tribunal estatal.¹⁹²

Necessário entendermos que não há como continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes, isto é, sabemos que os processos judiciais tramitam durante um longo tempo, que questões processuais surgem no curso de processos judiciais e, muito embora, mesmo ao aplicar boas técnicas para evitar problemas processuais, eles surgem, é por isso a importância da criação de normas e/ou novos institutos voltados a oferecer maior eficácia e eficiência ao sistema jurídico; portanto, a ideia central das convenções processuais é fazer uma gestão dos processos a partir dos acordos interpretativos sobre a própria norma processual, definindo soluções processuais antecipadas ao conflito e flexibilizando o procedimento

¹⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 223-227.

a ponto de solucionar antecipadamente os problemas que irão aparecer.¹⁹³ Imperativo ter presente que é preciso reformar o pensamento, visto que as normas processuais são cogentes, mas elas podem ser convencionais.

Portanto, vultoso é se desvencilhar da ideia de um processo judicial, disciplinado sozinho no Código de Processo Civil, de maneira rígida e sem pauta para a adequação procedimental, tendo em vista que o CPC é também um código de doutrina, por duas razões: i) porque ele é fruto de uma construção doutrinária sólida, que ocasionou até a redação de diversas normas processuais novas, inclusive, de cláusulas gerais; ii) porque é nosso dever interpretar e construir novos negócios jurídicos processuais, novas doutrinas sobre as quais vão se desenvolver os negócios processuais no Código de Processo Civil.¹⁹⁴

Diante dos aspectos mais gerais, relacionados às convenções processuais, cumpre, a partir de agora, estabelecer um panorama acerca do papel exercido pelos juízes na condução da convenção processual, isso porque, quando atuar no âmbito do processo civil, é natural imiscuir-se na convencionalidade firmada entre as partes. Todavia, sua função, quando da tutela coletiva, denotará, quiçá, maior intervencionismo, exatamente pela complexidade gerada pelas ações coletivas e pela existência de maior interesse público.

2.3 O JUIZ E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A interpretação do processo, como um ramo do direito público, hoje, é diferente, pois, anteriormente, tínhamos a intervenção intensa pelo magistrado nas relações processuais. Esse publicismo exacerbado criou a falsa impressão de que a presença do juiz anularia a possibilidade das partes de interferirem no procedimento, de maneira que a condução do procedimento caberia, como protagonismo exclusivo do juiz, o que hoje já está superado. De fato, esse tema hibernou por um bom tempo; isso porque se considerava, no publicismo processual, a ideia de que o processo – sendo um ramo do direito público, com o juiz presente – não poderia ter nenhum tipo de protagonismo

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 252-256.

¹⁹⁴ ZANETTI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

relativo às partes na condução do procedimento, assim, o juiz seria o único sujeito a interferir na condução do procedimento. É evidente que as partes sempre tiveram muitas faculdades nos campos das alegações, das provas, definição do objeto do processo, transacionar sobre o direito material, inclusive, em aspectos nos quais o juiz sequer poderia interferir; todavia, aos poucos, foi se desfazendo esse exagero do publicismo, a fim de permitir que as partes realizem convenções sobre o processo para definir um procedimento atual ou futuro e até mesmo determinando eventual processo judicial para resolver uma disputa.¹⁹⁵

Feita essa colocação e considerando as controvérsias quanto ao tema, faz-se possível afirmar que as convenções processuais não se submeterão à exigência de homologação judicial para produzirem seus efeitos; todavia, poderão, eventualmente, contar com a participação do magistrado no controle de validade. É sobre esse assunto que se passa a discorrer nos títulos seguintes.

2.3.1 Posições processuais: a divisão de poderes entre as partes e o juiz

A lei estabelece que os negócios jurídicos celebrados pelas partes poderão versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. É concedida, às partes, autorização legal para dispor sobre suas próprias posições processuais, não

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 135-139.

“A maior expressão da liberdade das partes, no processo civil, é a máxima ou “princípio” dispositivo, a versão contemporânea dos aforismas *romanos ne procedat iudex ex officio e nemo iudex sine actore*. O ordenamento processual confia primordialmente aos próprios indivíduos envolvidos no conflito a efetivação dos seus próprios direitos e interesses, e por isso se funda no princípio dispositivo.

A máxima dispositiva, em resumo, indica o poder dos litigantes: de iniciar o processo, provocando a jurisdição inerte; de conformar o objeto do processo (apresentando a pretensão em forma de pedido, limitando assim a sentença pela aplicação da regra de adstrição ou congruência entre libelo e decisão: *ne eat iudex ultra petita partium*; e *de dipor in totum* do conteúdo da situação jurídica litigiosa.

[...] Pensamos ser equivocada a compreensão de que todas as situações processuais ativas são pertencentes ou titularizadas pelo juiz ou por ele exercidas. Mas o processo civil é pautado pela atividade das partes em equilíbrio com os poderes judiciais. A equipolência de funções processuais lida com um necessário e equacionado balanceamento entre as potestades dos sujeitos envolvidos.

Cabe perguntar então se, em razão da natureza pública do processo, tudo o que não é expressamente permitido é proibido; ou, ao contrário, pelos princípios dispositivo e do debate, e pelo autorregramento da vontade, se a liberdade não deveria ser a regra.

Nesse cenário, o princípio do dispositivo e o princípio do debate significam um limite à atividade do juiz. Quando permitida qualquer esfera de liberdade para a atuação legítima dos sujeitos privados, reduz-se o espaço para o exercício da função judicial. Em havendo margem de liberdade para conformação do procedimento pelas partes, e em verificando efetiva atuação voluntária dos litigantes, o Estado não pode sobre elas dispor”.

podendo o negócio alcançar as posições do Juiz. Por exemplo, é lícito que as partes convençionem sobre a retirada da faculdade de recorrer, todavia, torna-se ilícita a proibição do juiz de controlar de ofício o valor propiciado à causa em situações prefixadas em lei.¹⁹⁶

Assim, as partes poderão dispor apenas das suas posições processuais; tratando-se dos poderes de juiz, essa possibilidade perpassa as suas possibilidades de posições processuais. As partes negociam entre si seus direitos, mas, em relação a interferir nos poderes instrutórios do juiz, isso não parece adequado.¹⁹⁷

De fato, o autorregramento da vontade possibilita a atuação das partes, já que o empoderamento ofertado a elas propicia uma pressuposição em favor da liberdade de conformação do procedimento à sua vontade. Nesse quadro, muito se tem questionado doutrinariamente a respeito do papel desempenhado pelo magistrado, visto que o texto normativo se refere às partes, ao tratar de sujeitos processuais, ou seja, aquele que tem potencialidade de figurar como sujeito processual ou quem assim já se ache qualificado.¹⁹⁸

Nesse contexto, um tema central é definir a posição do juiz diante de uma convenção. A ele, irá sobressair a maior responsabilidade de buscar um equilíbrio, conciliando os interesses públicos aos interesses privados, tão latentes numa convenção processual. Caberá ao juiz um abstruso papel de validar esses acordos e buscar equidade negocial, principalmente, no que se refere aos limites dessas convenções.¹⁹⁹

Os sujeitos da convenção processual são aqueles que “se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional”, seja numa relação jurídica atual ou potencialmente controvertida. Essas qualificações possuem distinções, visto que as partes nas convenções processuais podem incluir também as partes com interesse na pretensão processual. É bem possível, por exemplo, que, nos casos de litisconsórcios simples,

¹⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 207-209.

¹⁹⁸ PEREIRA, Lorena Dourado Mapurunga. *Negócios Jurídicos Processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 111.

¹⁹⁹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 412.

apenas alguns dos litigantes sejam partes na convenção processual. Da mesma forma, admite-se que as convenções sejam celebradas entre vários sujeitos, mas o processo acabe envolvendo apenas alguns deles; daí, ter-se-ão partes no acordo que são terceiros em relação ao acordo processual.²⁰⁰

Há uma divisão de opinião na doutrina processual quanto à capacidade do juiz para figurar ou não como sujeito de um negócio jurídico processual: os que sustentam que poderá o juiz atuar como parte da convenção processual e os que não o percebem como parte, mas tão somente como aplicador da convenção.²⁰¹

Cabral, dentro dessa divisão de opiniões, afirma que “a capacidade negocial é o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para, em conformidade com as normas jurídicas gerais e com base em sua autonomia e liberdade, produzirem normas jurídicas individuais”. Dessa forma, evidencia o autor que “a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional”. Assim, enquanto as partes estariam se vinculando, a partir da autonomia e liberdade conferida a elas, o magistrado, por outro lado, se vincula, em decorrência da declaração de vontade estatal, por haver uma imposição para que aplique a norma convencional no limite da autonomia privada. É evidente que a autonomia conferida às partes não elimina as prerrogativas do juiz, visto que a ele cabe, como já se afirmou anteriormente, o papel de controlar a validade das convenções.²⁰²

Aqui, quer-se deixar assentado que o juiz não é sujeito da convenção processual, primeiro, por não ter capacidade negocial e porque caberá ao juiz controlar a validade desses acordos e não a conveniência dos acordos processuais, mesmo naquelas hipóteses em que a lei imponha ou as partes requeiram a homologação como requisito de eficácia da convenção. Nessa perspectiva, percebe-se um fundamento de vinculação, diverso do papel exercido pelas partes que se vinculam às convenções por meio do seu poder de autorregramento, justificadamente

²⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 220.

²⁰¹ Conforme entendimento de Pedro Henrique Nogueira, há a possibilidade de o juiz também figurar como parte do negócio jurídico processual, havendo, inclusive, previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca de sua participação enquanto sujeito do negócio processual: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 172.

²⁰² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 224.

em razão do seu dever de aplicar o direito, já que o contrário ocasionaria certa estranheza de que aquele que pratique o ato também controle a sua validade.²⁰³

Outra importante ressalva é que, mesmo o juiz não sendo parte na convenção processual, não significa que não participe da convencionalidade; isso porque, a ele, são relegadas duas funções precípuas. A primeira trata-se do dever de incentivar as partes no uso de instrumentos autocompositivos e promover a solução consensual dos conflitos, o que não é exclusivo às convenções processuais, mas a todos os atos processuais; assim, recai também sobre o juiz a função de encorajamento ao diálogo, esclarecimento e consulta, bem como o dever de prevenção, aclarando às partes as possíveis consequências e defeitos de suas condutas na formação dos acordos.²⁰⁴

A outra função, desempenhada pelo magistrado, relaciona-se ao controle e fiscalização. Cabe a ele preservar o equilíbrio, a paridade entre as partes e controlar “a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal”. Os sujeitos da convenção processual agirão dentro do espaço no qual não houver limites à flexibilização formal; por fim, cabe ao juiz velar pelos interesses públicos em geral.²⁰⁵

É vedado ao magistrado o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, devendo prevalecer a autonomia da vontade das partes, o que limita, ao juiz, um exame de validade. Da mesma maneira, não têm as partes poderes no que tange às situações jurídicas por elas não titularizadas, como a de convencionar sobre poderes e deveres do juiz, algumas regras voltadas à proteção de direitos

²⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 247.

²⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2º ed. 2010. p. 243. Neste sentido, afirma Severo que: “Observando os diferentes entendimentos sobre a finalidade da jurisdição, podemos perceber que todos os pensamentos chegam a um mesmo fundamento, qual seja, a busca pela harmonia no convívio social, resolvendo os conflitos existentes através da instauração de uma relação processual que seja igual para ambas as partes que litigam, por meio da correta aplicação das normas contidas no ordenamento jurídico, encontrando assim a tão esperada paz social”, ou seja, estimulando o diálogo, o juiz eliminará “os conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos”. (SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos. *A coisa julgada no processo coletivo. Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2. p. 253-263, jul./dez. 2013).

²⁰⁵ São vedadas, por exemplo, convenções que reduzam excessivamente os prazos, inviabilizando a defesa de qualquer uma das partes; ou, então, que se ampliem exageradamente os prazos, prejudicando o bom andamento e a duração razoável processual: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 227-228. Zaneti também afirma que o juiz se vincula ao que foi convencionado entre as partes por heterovinculação, porque se a convenção processual é válida, o juiz não poderá dela se escusar. (ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465).

indisponíveis, como a que prevê o reexame necessário, a intervenção do Ministério Público e matérias pertinentes à reserva legal, como modalidades recursais.²⁰⁶

2.3.2 Controle da legalidade do negócio e vinculação do julgador

No que toca a aplicabilidade das convenções processuais, apenas será negada nos casos de inserção de cláusulas abusivas, em contratos de adesão, em situações nas quais uma das partes esteja com manifesta vulnerabilidade e nas demais circunstâncias limitadoras; impostas pelo legislador; assim, cabe ao juiz realizar o controle de validade dessas convenções que lhe foram apresentadas. Ressalvados esses casos, é vedado ao juiz recusar a aplicação daquilo que foi convencionado pelas partes, pois o juiz “não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, limitando-se a um exame de validade”,²⁰⁷ incidindo a esse respeito a máxima *in dubio pro libertate* (pressuposição em favor da liberdade de convencionar ou celebrar acordos).²⁰⁸

A controle do juiz, restringe-se verificar, *a posteriori*, a validade do negócio processual, não necessitam de homologação judicial para que produzam efeitos; o contrário significaria, pontualmente, cercear a liberdade de conformação do procedimento por meio de acordos dos litigantes, ressalvados os casos que a norma específica exigir.²⁰⁹ Essa máxima faz pesar sobre o juiz um ônus argumentativo forte quando for justificar uma suposta invalidade na convenção ou negar a aplicação da convenção processual.²¹⁰

Nesse sentido, far-se-á a análise de importantes pontos a serem enfrentados quanto ao controle de validade das convenções processuais: i) a iniciativa e/ou forma

²⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 228.

²⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 227.

²⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 145.

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 229-232.

²¹⁰ Cabral afirma que as convenções pré-processuais são atos determinantes, podendo as partes produzir efeitos pretendidos pelo negócio jurídico independentemente de deferimento ou homologação judicial, não podendo o órgão jurisdicional definir os contornos do procedimento. Ademais, a necessidade de homologação pelo órgão jurisdicional abarrotaria ainda mais o judiciário; esse controle “seria certamente inconcebível”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 229-232).

da deflagração do controle; ii) requisitos procedimentais e o tipo de regime jurídico a ser aplicado.²¹¹

É propiciada, ao juiz, no artigo 190 CPC, a possibilidade de controle de validade das convenções e será ônus das partes alegar o descumprimento das convenções processuais, bem como pedir ao juiz as providências para que a convenção seja respeitada.

As Convenções processuais, quando válidas, vinculam o juiz, visto que ele terá que aplicar a regra da convenção. Quando a convenção é válida, ela derroga a regra da lei e aplica a regra da convenção. Assim, o processo, que vai ser criado para aquele caso, é uma mistura de regras legais e convencionadas no contrato; onde não houver convenção, aplica-se a lei; onde houver convenção e ela for inválida, aplica-se a lei; onde houver convenção válida, aplica-se a regra da convenção.²¹²

O juiz presta essa diferença das opções das partes e só poderá controlar as convenções na sua validade, art 190, § único, que estabelece a forma de controle da convenção processual e evidencia que só irá negar aplicação em algumas hipóteses específicas em que ele verifique essas cláusulas de invalidade. Ex: vulnerabilidade das partes, abuso de direitos. Não se trata de um controle de conveniência.

Estando o juiz vinculado ao que for disposto pelas partes na convenção processual, recai sobre o juiz o dever jurídico de abster-se, além do dever de promover a “implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes”. De outra banda, caberá as partes “exercendo seus direitos e faculdades oriundas do pacto, apresentar ao juízo o negócio para que aquilo que se convenciou seja cumprido”.²¹³

É vedado ao juiz conhecer de ofício as convenções processuais, já que seu poder se limita ao exame de validade.²¹⁴ É, sem dúvida, uma das grandes novidades

²¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 270.

²¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 144.

²¹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 268-269.

Compartilhando do mesmo pensamento, Trícia Navarro afirma: “as convenções em tema de processo não podem ser conhecidas por iniciativa do juiz, precisando de provocação das partes. Porém, uma vez alegadas, devem produzir efeitos imediatos no processo, com o mesmo regime jurídico das declarações de vontade de que trata o artigo 158 CPC/15, não necessitando de homologação do juiz.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215- 243. p. 229).

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 243.

estabelecidas pelo CPC/2015, uma vez que as partes não ficam mais presas àquilo que o legislador positivou, especificamente; as partes podem, por sua criatividade, desenhar o procedimento de forma vinculativa do juiz, de acordo com as suas necessidades.

No que se refere a isso, o dispositivo fomenta dois tipos de invalidade processual quanto à iniciativa da aferição pelo magistrado; a primeira invalidade refere-se à possibilidade de ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional; na segunda, será necessário que as partes demandem prévia alegação para que, então, seja feito o controle.²¹⁵

Para que o magistrado deflagre a invalidade da convenção, os vícios deverão versar sobre: a capacidade das partes, inclusive, no que se relaciona à vulnerabilidade; objeto ilícito; desrespeito à forma prevista em lei, bem como às normas cogentes em geral. De outra banda, para que seja reconhecida a invalidade da convenção pela provocação das partes, os defeitos serão aqueles que não estão na esfera de iniciativa oficiosa do juiz ou que se relacionam a vícios de vontade, que também ficarão sob a responsabilidade das partes.²¹⁶

No que corresponde ao ato das partes suscitarem a invalidade da convenção pré-processual, farão por meio de ação ajuizada, sempre em primeiro grau de jurisdição, para que se discutam as causas de anulabilidade do negócio. Contudo, quando esse controle for iniciativa oficiosa do juiz e este não o fizer, poderá a parte levantar a nulidade da convenção por meio de simples petição, nos próprios autos do processo, a que se refira o negócio processual.²¹⁷

Trata-se de uma vinculação do juiz ao que foi convencionado pelas partes, todavia, tal vinculação só terá sentido quando aplicada aos acordos válidos. Isso porque, justificadamente, o magistrado não poderá permitir o “uso desleal dos instrumentos que o Estado põe à disposição dos litigantes para a resolução dos conflitos.”²¹⁸

Reconhece-se que a situação, disposta nos tópicos anteriores, é delicada, mais ainda, quando envolver assunto do capítulo subsequente, a possibilidade de

²¹⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 269.

²¹⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 270-271.

²¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 242.

²¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 243.

disposição na tutela coletiva, por ser mais restrita e interferir na esfera jurídica de inúmeras pessoas; assim, existe, quiçá, uma margem menor de negociação no que tange, especialmente, aos direitos transindividuais. Por esse motivo, examinar-se-ão os conceitos, limites e as peculiaridades que envolvem o instituto das convenções processuais quando aplicadas à tutela coletiva, principalmente, quanto à mudança de paradigma do conceito de indisponibilidade, entendendo que a celebração será possível mesmo diante de direitos indisponíveis. Mais ainda, que os direitos de condução do processo não pertencem apenas ao juiz ou ao Estado, vislumbrando, assim, um ambiente não só propício à celebração da convenção, como também um grande instrumento de proteção dos direitos coletivos.

3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

3.1 INTRODUÇÃO À TUTELA COLETIVA

Como foi possível constatar, no capítulo anterior, a sociedade tem enfrentado notáveis transformações culturais, o que ocasiona também uma série de outras modificações na seara jurídica e impacta diretamente a forma como o direito irá se manifestar. Essa constatação se deve por conta da construção acelerada de uma sociedade e economia de massa que busca, gradativamente estar dentro dos padrões estabelecidos, bem como no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

Cappelletti e Garth, afirmaram, por meio de uma pesquisa empírica, conhecida como “Movimento de Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça”, que o acesso à justiça no mundo, ao longo do século 20, vivenciou 3 grandes momentos de transformação: i) A primeira onda trata da gratuidade da justiça, que se preocupa com o custo do processo; ii) A segunda onda é a proteção aos direitos difusos e coletivos; é a solução ao problema da ação coletiva, nas situações em que o bem é coletivo; iii) A Terceira onda são os métodos alternativos de solução de conflitos (Alternative Dispute Resolution – ADR); interessante, essa terceira onda é uma onda contrária, visto que, enquanto as duas primeiras levam mais processos para a justiça, essa última, tira processos da justiça, como forma de desabarrotamento do sistema judiciário.²¹⁹

A partir do estudo de Cappelletti, concluíram que a única forma de obter um benefício coletivo é construindo um sistema pautado na racionalidade; foi da segunda onda que se extraiu a necessidade de proteção de direitos transindividuais, em que o titular de um direito não é um indivíduo, mas sim uma universalidade de indivíduos.²²⁰

Conforme Coimbra, o “arraigamento histórico dos direitos individuais foi um dos grandes empecilhos para a aceitação e adequada tutela dos direitos transindividuais”, ao passo que provocaram uma significativa transformação “a qual precisa

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31-73.

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-50.

acompanhar a tendência evolutiva do mundo contemporâneo e das respostas mais efetivas à sociedade”.²²¹

A proteção dos direitos dispersos na sociedade de massa solicitou a tomada de posição contrária à antiga visão processualista individual a fim de abarcar os direitos metaindividuais, também chamados de transindividuais.²²² Tal evolução efetivou-se em decorrência, principalmente, dos estudos de Mauro Cappelletti, o qual previu a segunda onda renovatória da fase instrumentalista do processo, predizendo a necessidade de resolver problemas que não pertencem exatamente à pessoa que está ingressando com aquela ação; são problemas que afetam toda a coletividade, gerais que envolvem e impactam sobre todas as pessoas ou problemas individuais, mas que afetam de forma similar todas elas.²²³

Constatada a importância da tutela coletiva, fez-se necessária a criação de um novo sistema processual para que a coletividade fosse tutelada de modo mais célere e efetivo. Desse modo, o processo coletivo relaciona-se a toda relação jurídica litigiosa em que se tem presente, como sujeito ativo ou passivo, um grupo de pessoas.²²⁴

Ademais, conforme bem dispõe Cappelletti na terceira onda renovatória, a justiça clássica estatal deixa de ser o único meio adequado para a solução do conflito; o acesso à ordem jurídica justa não precisa ser necessariamente acesso à jurisdição; o acesso será prestado por meio de arbitragem, mediação, conciliação e outros métodos de solução de conflito que não necessariamente a jurisdição; o princípio que

²²¹ COIMBRA, Rodrigo. *Efetivação dos direitos com objeto difuso*. São Paulo: LTr, 2015. p. 19-20.

²²² ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 51-52.

²²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-50.

Bem coloca Coimbra em relação ao segundo grande movimento (onda), na tentativa de melhorar o acesso à justiça: “[...] a concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, pois “o processo civil era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”, destacando que “direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema”.

Esse valioso instrumento de concretização do direito material, que não é novo, mais ainda muito menos utilizado do que pode, é uma medida importante rumo à minimização dos conhecidos problemas gerados pelo excessivo número de processos individuais que afetam diretamente a efetividade e a qualidade da prestação jurisdicional, e o processo coletivo do trabalho lato sensu, seja por meio dos dissídios coletivo, da ação civil pública ou do mandado de segurança coletivo, é um campo fértil para isso.” (COIMBRA, Rodrigo. *Diferenciais da jurisdição trabalhista no âmbito coletivo*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 955, p. 31-55, maio 2015).

²²⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 31-35.

“faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação”²²⁵ da justiça, como meio efetivo de resguardar a tutela dos direitos, especialmente os coletivos. E é dentro dessa perspectiva, de acesso à ordem jurídica com base em uma justiça multiportas, que tentaremos elucidar os itens subsequentes, tornando-se relevantíssimo, para esse fim, verificarmos a previsão formal das categorias de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, bem como compreendermos que “[...] há interesses cuja titularidade é reduzida a termos individuais, e [...] há interesse cuja titularidade não pode ser individualmente expressa ou reduzida[...]”²²⁶.

3.1.1 Delimitação conceitual: direitos individuais e direitos transindividuais

O artigo 5º é, sem dúvida, um dos mais importante da Constituição Federal, conhecida como cidadã, justamente por estar pautada na democracia e proteção direta dos direitos tanto individuais como coletivos. O inciso XXXV desse artigo evoluiu em relação às Constituições anteriores ao suprimir a expressão direito individual; ele também consagra o princípio da inafastabilidade para a defesa de direitos metaindividuais, evidenciando, em sua redação, o acesso à ordem jurídica como um aspecto importante e relevante à visão moderna desse princípio. Tanto é verdade que constou do artigo 3º, I do Projeto de Lei 5.139/2009, que se pretendia reunir as normas processuais coletivas em uma só lei, como princípio do processo civil coletivo, o amplo acesso à justiça.

Pretende-se, com essa visão moderna do princípio da inafastabilidade, tornar concreta e efetiva a promessa constitucional por meio de um sistema processual, que realmente tutele direitos lesionados ou ameaçados de lesão. Busca-se, assim, garantir a prometida inafastabilidade no caso concreto, por meio do acesso à tutela jurisdicional adequada.

O Brasil é um país extremamente populoso. Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, em 2016, o número populacional já atingia os 206 milhões. Num país tão populoso, é de se admitir a busca quantitativa

²²⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

²²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

de efetivação dos direitos próprios da coletividade, sem prejuízo dos direitos individuais, igualmente merecedores de proteção.

A proteção de direitos de titularidade plural, alguns até de impossível identificação dos sujeitos singularmente considerados, insere-se em uma macrocategoria, conhecida por direitos coletivos. São direitos subjetivamente transindividuais, ou seja, sem titular determinado e que são materialmente indivisíveis.²²⁷

Vale lembrar que o titular do direito coletivo é um grupo de pessoas, uma classe, categoria ou a própria sociedade, não pertencendo à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. O direito coletivo vai além dos interesses individuais e dos direitos subjetivos dos entes públicos; sua dimensão social está na relação que tem com valores e instituições de alcance mais elevado, a preservação das condições de vida em sociedade, da manutenção da organização estatal e da democracia.²²⁸

A Constituição Federal de 88 ampliou significativamente a proteção dos direitos coletivos, destacando-se a criação do mandado de segurança coletivo, a ampliação da ação popular e a previsão da ação civil pública. Ademais, elegeu o direito do consumidor como fundamental, o qual estabelece regras processuais sobre as ações relativas a interesse ou direitos coletivos, além dos individuais homogêneos.²²⁹

Gradativamente, preza-se pela tutela de direitos, a saber, a saúde, educação, cultura, segurança e meio ambiente, direitos de natureza fluída, que atribuem titularidade a todo e qualquer cidadão. Com isso, percebemos que o acesso à justiça e à tutela coletiva está intimamente relacionado.²³⁰

O objetivo do legislador, ao introduzir as ações coletivas, foi a ampliação do acesso à justiça, permitindo que inúmeras pessoas lesadas pudessem vindicar seus direitos de maneira mais eficaz. Objetivou, também, atender ao princípio da economia processual, substituindo um número incalculável de demandas, com idêntico objeto,

²²⁷ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.

²²⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50-51.

²²⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição*: estudos de direitos individuais e coletivos. Porto Alegre: Magister, 2016. p. 116-120.

²³⁰ GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008. p. 4.

por ações coletivas, visando atender, num único processo, o maior número de interessados.²³¹

A tutela coletiva deve ser entendida como uma proteção prestada pelo Estado por meio de um processo gerado em razão da lesão, e voltado à proteção de determinadas espécies de direitos materiais, ou seja, é um conjunto de normas processuais diferenciadas, para tutelar o direito material difuso, coletivo e individual homogêneo.²³²

Assim, percebe-se um alargamento da visão do operador em relação a “interesses cuja titularidade não pode ser individualmente expressa ou reduzida”, de forma que sua proteção não poderia ser realizada por meio de mecanismos de proteção de um único indivíduo.²³³

Os direitos individuais, por sua vez, são prerrogativas que cada indivíduo possui para opor-se ao arbítrio do Estado, como também entre particulares, são reconhecidos como direitos fundamentais e ancorados nos princípios dos direitos humanos de primeira geração, baseados na liberdade individual, no direito à vida e nos direitos políticos, todos nivelados com base no princípio da igualdade. O artigo 5º da Constituição Federal dispõe uma relação extensa de direitos individuais, com caráter meramente exemplificativos, visto que a própria constituição prevê outras normas que resguardam também direitos individuais.

O direito brasileiro tem enfrentado transformações que contrapõem, de um lado, os institutos impositivos, com formas e procedimentos pré-concebidos e que devem ser observados pelos sujeitos, a fim de serem válidos e eficazes; e, de outro, institutos consensuais, construídos a partir do consenso das partes envolvidas.

Atualmente, tem se questionado a divisão existente entre o fato do Direito público ser impositivo, pela busca da supremacia do interesse público e formalizado pela legalidade, ao passo que o direito privado tem como lógica a consensualidade, a

²³¹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18-28.

²³² ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50-51.

²³³ OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos*: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

qual é justificada pela liberdade que os sujeitos de direito têm para se autodeterminarem.²³⁴

Claro que a intenção do legislador, ao longo da história, era de dirimir os conflitos individuais, que eram forçados para exercer a tutela jurisdicional dos interesses individuais em situações de conflito. No entanto, essa tradição individualista do direito objetivava disciplinar unicamente essas relações jurídicas individuais.²³⁵

O sistema legislativo confere ao sujeito a tutela do bem a quem estiver de acordo com as regras gerais e abstratas; dessa forma, estabelecerá, com base em um processo, resoluções para sanar o conflito, existente entre os indivíduos, o qual não pode ser solucionado por meio da autocomposição.²³⁶ Por outro lado, também é essencial a satisfação de anseios transindividuais, de maneira que a titularidade não pertence somente a um indivíduo e nem ao Estado, “sua importância teria (tem) lugar perante toda a comunidade, de modo que sua proteção, longe de capricho, representa medida inarredável”.²³⁷

O direito, como ciência jurídica, está diretamente sujeito às mudanças que ocorrem na sociedade e, por isso, tende a se adaptar às mudanças.²³⁸ Nesse contexto, observa-se que os códigos, chamados de Oitocentistas, não tinham o condão de regular por completo todas as possíveis situações, demonstrando, assim, sua fragilidade diante da impossibilidade de vislumbrar todas as possíveis relações jurídicas que estão surgindo a partir dessas transformações.²³⁹

Nesse cenário, tem-se observado o crescimento no mundo jurídico dos denominados microssistemas, isto é, leis especiais ou extravagantes que regulam

²³⁴ Nesse sentido: “Em primeiro lugar, tem-se a compreensão de que o princípio da supremacia do interesse público não significa que o interesse é sempre incompatível com as partículas, como se fossem dois corpos que não ocupam o mesmo lugar ao mesmo tempo. A despeito do embate doutrinário entre os que invocam a “crise do princípio da supremacia do interesse público” e os que defendem a reconfirmação desse princípio. Há certo consenso de que tal princípio (não positivado) não pode ser óbice para a harmonização (desejável) entre o interesse privado e os interesses públicos.” (CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: DIDIER JR., Fredie. (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 481-506. p. 491-494).

²³⁵ OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60.

²³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²³⁷ OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60.

²³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

²³⁹ MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA José Henrique (coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 34.

determinadas relações jurídicas, as quais, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais.²⁴⁰

O Código de Defesa do Consumidor consagrou, por meio dos seus artigos 90, 110 e 117 do Título IV, bem como a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), em seu artigo 21, o princípio da perfeita interação entre leis, assegurando a possibilidade de extensão desses códigos a todas as ações que tutelassem direitos coletivos ou individuais homogêneos.²⁴¹

Dessa forma, as regras processuais de um poderão ser aplicadas a outro indistintamente, formando o Microssistemas de Tutela Coletiva. O Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública e a Constituição Federal compõem o microssistema de tutela coletiva, restando, assim, uma aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.²⁴²

Importante ressaltar que esse microssistema é aplicável a todas as situações que envolvem interesses individuais e transindividuais, denominado pela doutrina como Direito Processual Coletivo. Nesse contexto, procura-se solucionar as questões relacionadas à tutela coletiva por meio dos diplomas legais que integram o microssistema de tutela coletiva e apenas na ausência de regulação deste é que se recorre ao código processual civil, já que é de natureza eminentemente individual.²⁴³

²⁴⁰ MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA José Henrique (coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. Nas palavras de Gustavo Osna: “Esta constatação de que nem todo interesse importaria em um direito subjetivo individualmente titularizado, entretanto, evidenciou a existência de direitos incompatíveis com o processo civil então vigente, exigindo que para atuar nesta área a disciplina rompesse com alguns dogmas e majorasse seus alcances e suas possibilidades. [...] cotejar a proteção jurisdicional dos direitos de terceira geração é trazer um redimensionamento das finalidades do direito processual, demandando adaptações estruturais para suprir sua insuficiência”. (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60).

²⁴¹ ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 18.

“Assim, imbuído deste espírito, adveio a Constituição Federal de 1988 que consagrou em nível de preceito fundamental a proteção de interesses que atingem ou podem atingir toda a coletividade (artigo 5º, incisos XXXII, LXXIII), o que fez com que logo após fosse criada a Lei 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que em seu título III passou a constar toda a regulamentação normativa no que tange às ações coletivas, fornecendo os seus limites objetivos e subjetivos.” (SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos. A coisa julgada no processo coletivo. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2. p. 253-263, jul./dez. 2013).

²⁴² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 266.

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Conceito de processo jurisdicional coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Importa salientar o que foi afirmado por Pugliese, na ocasião, referiu-se ao ideal de *consistência sistêmica*, todavia, é perfeitamente empregue ao microssistema de tutelas coletivas e as leis

Ademais, integram o microsistema de tutela coletiva outras leis que igualmente estabelecem ou instituem variados tipos de ações coletivas ou regras processuais, como a Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança, Lei Habeas Data, Lei do Mandado de Injunção, Estatuto da Criança e Adolescente, Estatuto do Idoso e qualquer outra lei que dispor a respeito de questões coletivas.²⁴⁴

Salienta-se, ainda, que esse microsistema está em consonância com as normas cogentes e, principalmente, subordinado às normas constitucionais, tendo em vista que todo ato jurídico precisa ser compatível ao que dispõe a Constituição Federal 1988.²⁴⁵

Conforme evidenciado nos parágrafos anteriores, os interesses transindividuais se contrapõem aos direitos individuais, tendo em vista que existem naqueles a pluralidade de sujeitos, correlacionados sobre o mesmo bem indivisível, de modo que a satisfação da tutela de um dos sujeitos implica necessariamente a satisfação dos interesses dos demais.²⁴⁶

Ainda no que se refere a direito e interesses transindividuais, existia na doutrina a discussão quanto à distinção semântica dessas palavras. A intenção do legislador, ao apresentar, no dispositivo 89 do CDC, tanto direito quanto interesse, foi o de fazer cessar essa intensa polêmica acerca do alcance dessa nova categoria de direitos. Dessa forma, as expressões passaram a ser utilizadas indistintamente a fim de que não restem lacunas caso se optasse por uma ou outra.²⁴⁷ Objetivou-se unicamente alargar a incidência da lei, a fim de que não reste direito ou interesse desprotegido.²⁴⁸

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o legislador passou, então, a adotar as expressões como sinônimas. Como bem expõem Gustavo Osna e Sergio

aplicadas a ele, ainda que subsidiariamente: “todas as regras que formam o ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras. A busca deste objetivo promove a previsibilidade, o tratamento igualitário dos casos e aumenta ainda mais a legitimidade do Direito ao demonstrar a sua racionalidade formal”. (PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 42).

²⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 157.

²⁴⁵ OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

²⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991. p. 187-188.

²⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁴⁸ TESHEINER, José Maria. *Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos Stricto sensu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 241 – 256.

Arenhart, não existe utilidade prática para essa distinção conceitual, pois a legislação deve tutelar indistintamente interesses e direitos²⁴⁹. No mais, no Brasil, todo o interesse juridicamente tutelado é um direito.

As pretensões coletivas não poderiam ser qualificadas como direitos subjetivos; em razão do seu interesse transcender o caráter individual, sua titularidade pertence a toda a sociedade ou a parte dela. Também, não tem como característica natureza patrimonial, mas extrapatrimonial, visto que não são economicamente passíveis de apropriação pelo indivíduo.²⁵⁰

No mesmo sentido, Arenhart e Osna afirmam que os direitos transindividuais estão situados numa faixa intermediária de direitos. Ou seja, não podem ser classificados como direito privado, visto que seu interesse transcende o caráter individual e seu enfoque não se efetiva nas relações intersubjetivas. Não podem ser considerados como direito público, uma vez que não se trata da relação entre o Estado e o povo.²⁵¹

Essa distinção clássica entre direito público e direito privado, existente desde o direito Romano, consiste no interesse do Estado contra o indivíduo e no interesse de um indivíduo em face de outro indivíduo. Renato Alessi, na sua obra *Instituciones de Derecho Administrativo*, criou uma subdivisão dentro do interesse público, com a afirmação de que o interesse público tem duas facetas, a primária e a secundária. Essa distinção evidencia que o interesse público é abstrato, ou seja, o bem geral de toda a sociedade é interesse primário. Assim, quando o administrador, em sentido lato (prefeito, presidente, procurador), interpreta o que seria o bem de todos e, a partir disso, efetiva uma determinada decisão, passa a ser interesse público interpretado, portanto, secundário. Todavia, para simplificar o entendimento, o autor definiu essa distinção entre interesse público abstrato e interesse público interpretado, como interesse primário e interesse secundário.²⁵²

²⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40.

²⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁵² ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisè Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1. p. 7-10.

Para exemplificar, imaginemos que determinado indivíduo se torna prefeito de uma cidade e, como tal, é dado a ele um orçamento anual; na ocasião, ele decide construir um hospital, de maneira que caberá a ele a escolha de em qual bairro construir. O interesse público, portanto, bem maior,

Diante disso, a importância prática dessa distinção é mostrar que o administrador estará sempre vinculado à defesa do interesse público, pois não há como o administrador do Estado ou município deixar a máquina agir contra ele mesmo, ou seja, não poderia ele mesmo fazer o controle da aplicação do interesse “interpretado” por ele. Nesse caso, o cidadão poderá agir por meio de Ação Popular; já o Ministério, com base em Ação Civil Pública contra o administrador em casos de interpretação que não coincidam com o interesse público primário, por meio de ações coletivas no Poder Judiciário.²⁵³

Mauro Cappelletti, mesmo concordando com as subdivisões do interesse público, mostrou para os operadores do direito que existem interesses que são mais que meramente individuais, todavia, não chegam a ser interesse de todos e nem interesse público,²⁵⁴ visto que se encontram numa categoria intermediária. A genialidade disso não consiste no descobrimento dessa categoria intermediária, mas sim em mostrar que esses interesses intermediários existem e era necessária uma tutela coletiva diferenciada.²⁵⁵

Cappelletti afirmou que há interesses que não podem ser defendidos pelo sistema do direito público ou pelo direito privado, porque, apesar de serem interesses individuais, são também compartilhados por classes, grupos ou categorias de lesados que estão na mesma situação; porém, o sistema clássico não apresentaria uma solução adequada para esses tipos de conflitos. O exemplo clássico consiste nos danos causados a consumidores, uma vez que, nesses casos, cada lesado iria procurar individualmente a defesa dos seus interesses; isso provocava e, muitas vezes, continua provocando decisões contraditórias a respeito do mesmo tema, além de ocasionar o abarrotamento do Poder Judiciário. Isso porque a divisão clássica entre

exige que o prefeito construa no bairro mais necessitado; então, é feito o levantamento de qual desses bairros é o que melhor se encaixa em tais necessidades. A decisão de escolha da região, efetivada por ele, trata-se de interesse público secundário, porque é a interpretação feita pelo administrador; caso se entenda que esse prefeito fez, de fato, a melhor escolha, significará que sua interpretação coincide com o interesse de todos (interesse primário). Do contrário, caso sua interpretação não coincida com o interesse primário, existem remédios constitucionais, de forma que se poderá propor ações coletivas contra o administrador, as quais visem ao interesse público primário, o bem geral. Ou seja, quando o administrador concretiza decisões opostas, fica provado que a interpretação dele não coincide com o interesse público primário.

²⁵³ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisè Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1. p. 7-8.

²⁵⁴ Por exemplo, os moradores de determinada região, os consumidores de determinado produto, são mais do que indivíduos, mas não englobam toda a sociedade.

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan. 1977.

público e privado foi concebida para julgar conflitos entre o Estado e o indivíduo ou julgar conflito de indivíduo contra indivíduo.²⁵⁶

O autor afirmou que o sistema não foi preparado para julgar conflitos de massa, nem moldado para julgar o conflito de uma parte da população contra outra parte da população. A partir disso, Cappelletti, Vincenzo Vigoriti e outros doutrinadores, inclusive brasileiros, como é o caso de Fernando Grella Vieira, começaram a mostrar que o sistema clássico era insuficiente, visto que era necessário estudar novas regras de participação no processo e dissolução coletiva da lide. Foi, então, que surgiu no Brasil, a necessidade de um processo coletivo.²⁵⁷

A importância da criação de regras próprias para tutelar direitos transindividuais refere-se, especialmente, à impossibilidade de colocar toda uma categoria no polo ativo do processo ou no fato de não poder distribuir uma indenização a um grupo indeterminado de pessoas, assim, era necessário haver regras próprias para tutelar esses direitos.²⁵⁸

Nota-se que apesar do código de processo civil estar voltado para a tutela individual, alguns instrumentos processuais serão aplicados à tutela coletiva a fim de resguardar a adequada e efetiva tutela jurisdicional desses interesses. Portanto, plenamente possível é sua aplicabilidade ao microssistema processual coletivo, quando da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme passaremos analisar a partir de agora.

3.1.2 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Os interesses coletivos foram referidos pelo Código de Defesa do Consumidor em três categorias, as quais são: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A importância dessa distinção consiste no fato de que, apesar de serem todos interesses coletivos, há circunstâncias em que a identificação específica do interesse propiciará consequências relevantes, não apenas teóricas, mas práticas, no que se relaciona à propositura da ação, formulação correta do pedido, entre outros.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan. 1977.

²⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan. 1977.

²⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-53.

Por exemplo, dependendo da natureza do interesse, poderá haver ou não uma maior abrangência da imutabilidade do julgado, porque, se o interesse for individual homogêneo, trabalhar-se-á com grupos mais determinados de pessoas, mas, caso o interesse seja difuso, o direito alcançará um grupo indeterminado de pessoas, o que ocasiona consequências na hora de propor o pedido, no momento de julgar, na execução ou, até mesmo, para saber o destino da indenização.²⁵⁹

Para entender melhor as categorias dos interesses coletivos, destaca-se a distinção abordada por Teori Albino Zavascki quanto à defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos (individuais homogêneos). De acordo com Zavascki, direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, os quais não possuem titular determinado e são materialmente indivisíveis; referem-se a uma designação genérica para o direito coletivo e o difuso, as duas modalidades de direitos transindividuais. Já os direitos individuais homogêneos, são direitos subjetivos individuais, cuja coletivização tem sentido instrumental para permitir sua efetiva tutela em juízo.²⁶⁰

No Brasil, embora haja distinções entre direito e interesse, todo interesse jurídico é direito, o qual será o tipo de direito que determinará a espécie de tutela, e não o contrário. Ou seja, o que caracterizará a ação, se ela se destina a tutelar direitos ou interesses difusos, coletivo stricto sensu ou individual homogêneo, será a pretensão deduzida em juízo.²⁶¹

²⁵⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

²⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

“As espécies de direitos considerados como de interesse geral e coletivo são os direitos difusos (direitos que por sua natureza, são indetermináveis quanto ao número de pessoas que o usufruem e indivisíveis quanto à determinação de quanto cada um utiliza. Em verdade diz respeito ao indivíduo enquanto integrante da coletividade, sendo as fronteiras a generalidade do outro indivíduo); direitos coletivos (onde a indefinição quanto ao objeto e ao sujeito restringem-se a um grupo, categoria ou classe de pessoas); e direitos individuais homogêneos (quando estes possuem uma origem comum, em que pese ser possível determinar do que cada um se beneficia e quem é o beneficiário)”. (SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos. *A coisa julgada no processo coletivo*. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2. p. 253-263, jul./dez. 2013).

²⁶¹ GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008. p. 4.

“Ao observarmos o teor deste “microssistema de processo coletivo”, porém, notamos que o legislador não se preocupou apenas em instituir ritos e detalhes do mecanismo procedimental, mas também em definir e caracterizar os direitos cuja proteção viabilizaria seu uso. Para tanto, lançou mão de classificação que os congrega em três diferentes grupos: (i) direitos difusos; (ii) direitos coletivos; (iii) direitos individuais homogêneos” (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 66).

Os direitos difusos, conforme preceitua o Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, § único, são aqueles em que uma parcela indeterminada de pessoas, ligadas por uma mesma circunstância de fatos, é atingida nos seus direitos de natureza indivisível. São interesses indivisíveis, isto é, que apenas se admite um aproveitamento coletivo, não havendo necessidade de existência de nenhuma relação jurídica própria. Não existe a possibilidade de identificar quantos ou quais sejam os interessados; os interessados são, portanto, indetermináveis.

No que tange aos interesses coletivos *strictu sensu*, também são indivisíveis, todavia, possuem destinatários determináveis, identificados por um vínculo comum de natureza jurídica. Referem-se a interesses com dimensões metaindividuais, mas é plenamente possível identificar a coletividade ou o grupo de pessoas interessadas. Assim, a lesão afeta uma categoria ou uma determinada classe de pessoas, não sendo extensiva a toda a comunidade.²⁶²

De outro lado, os direitos individuais homogêneos são interesses divisíveis; quando na causa de pedir, numa situação o interesse é o mesmo, ou, do contrário, de tal forma similar, a ponto de tornar-se indiferente para a apuração em juízo, das peculiaridades de cada caso em particular. Trata-se de interesses plenamente quantificáveis, sendo, portanto, seus titulares identificados e identificáveis.²⁶³

Na tutela coletiva de direitos, há uma conveniência social na defesa desses direitos, objetivando maior eficiência e efetividade para essa proteção, em vista do congestionamento do Poder Judiciário, como também da grande chance de ocasionar várias decisões controvertidas, relacionadas à mesma situação fática. Nesse

²⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Método, 2012. Com base nessa descrição breve, podemos constatar que, nas duas categorias supracitadas, “na dos direitos difusos se enquadram interesses indivisíveis pertencentes a uma coletividade indeterminada e indeterminável. O “grupo” não seria passível de delimitação. Inexistindo vínculos jurídicos extraprocessuais entre os próprios componentes da coletividade ou entre eles e a parte contrária do litígio. Já os direitos coletivos seriam titularizados por uma coletividade determinada ou passível de limitação; por um grupo de indivíduos que em algum momento estaria sujeito a delimitação restritiva, havendo vínculos jurídicos entre si ou perante a outra parte” (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 66-67).

²⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 119-123.
“Em nossa visão, a coletivização de interesse por meio dos direitos individuais homogêneos representa uma escolha procedimental que não enseja qualquer modificação na estrutura de seu suporte e não confere qualquer atributo especial à visão clássica de direito subjetivo, uma técnica processual relacionada à própria estruturação processual” (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75).

contexto, é possível que uma única sentença beneficie a todos os indivíduos lesados, mesmo aqueles que não compareceram ao processo ou que sequer se pode identificar; a conveniência social consiste justamente na defesa coletiva desses interesses.²⁶⁴

Dentro deste conceito, importante salientar que os direitos individuais homogêneos não podem ser considerados como transindividuais, porque eles podem ser postulados de maneira individual, justamente por se tratar de direitos individuais, diz mais respeito a questões de políticas legislativas, porque muitas vezes não havendo mecanismo de proteção coletiva, eles sequer venham a ser tutelados, visto que talvez não vale a pena para o indivíduo promover uma ação para cobrar aquele direito. Para o melhor entendimento, podemos exemplificar da seguinte forma: quando o banco cobra uma tarifa, ainda que baixa, ilegal dos correntistas ligados a ele, não haveria por que o correntista recorrer ao judiciário, gastar com advogado, não seria viável economicamente, todavia, o banco fazendo esse desconto mensal e com todos os correntistas, acaba por receber ilegalmente um valor significativo da sociedade. Deste modo, quando se projeta a ideia de ações coletivas, fazendo referência direta às ondas renovatórias de acesso à justiça apresentadas por Cappelletti, existem direitos que acabavam não sendo protegidos, porque inviabiliza economicamente o indivíduo de ajuizar a ação, mesmo que a outra parte (no caso exemplificado, o banco) receba um grande lucro, ainda que, cada indivíduo perca pouco, coletivamente existirá um prejuízo social considerável, assim, a tutela coletiva de direitos torna-se um mecanismo prático de proteção desses direitos, mas eles sempre serão direitos individuais, só que de base comum.

Aqui em essência, é entender que estes direitos, mesmo quando protegidos de forma coletiva, são individuais, existe um titular determinado, ainda que ele não esteja em juízo, ou se tenha dado uma legitimidade extraordinária ao Ministério Público para representá-lo. Por este motivo, direitos individuais homogêneos não se trata de direito transindividuais, esta é a grande inovação de Zavascki, diferenciar a tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, ou seja, que existem direitos coletivos e existem direitos que são protegidos coletivamente (direitos individuais homogêneos).

²⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53-56.

Importante salientar que, a partir de um fato jurídico relevante poderei extrair pretensões variadas, o mesmo fato jurídico poderá dar vazão a um direito difuso, direito coletivo e individual homogêneo; e buscar distinguir esses modelos de proteção, gera muitas vezes inadequada tutela, visto que, o que se tem de fato são pretensões que poderão ser coletivas, difusas, individuais homogêneas.

Deste modo, objetivamente, ao examinar a situação fática, é importante ser questionado se o interesse que está sendo pretendido, por exemplo, numa ação civil pública, caso seja atendido, poderá ser distribuído de forma igualitária entre os indivíduos. Se a resposta for sim, trata-se de interesse divisível, portanto, interesse individual homogêneo; todavia, caso esse bem da vida, tutelado no processo, venha a se tratar de objeto indivisível, portanto, direitos coletivos ou difusos, será necessário questionar a determinabilidade do grupo. Se é possível sua identificação, o direito tutelado é coletivo, do contrário, estaremos diante de direitos difusos em que, além do objeto ser indivisível, não há a possibilidade de determinar o grupo ou categoria tutelada.²⁶⁵

Quanto à origem dos interesses coletivos, o direito coletivo é definido pelo legislador como interesse que reúne uma relação jurídica básica comum; os direitos difusos, por sua vez, têm origem numa situação de fato e o individual homogêneo tem uma origem fática comum. Se formos minudenciar a definição estabelecida pela lei, de fato, torna-se confuso o entendimento, porque faz parecer que o direito coletivo é o único em que existe uma relação jurídica, como se o direito difuso fosse o único que tivesse uma base de fato; isso propicia a impressão de que o individual homogêneo é o único que possui origem comum, o que não é verdade. Todo interesse, seja público, privado ou transindividuais, tem uma base de fato e um suporte jurídico, do contrário, estaríamos diante de teoria e não de fato; por exemplo, o interesse de punir, por parte do Estado, em caso de morte: o autor do ato ilícito, ao matar uma vítima, está criando um fato e a proibição de matar, existente na legislação, trata-se da relação jurídica. Para aclarar o entendimento, podemos exemplificar a poluição atmosférica como um fato que atinge a todos, de maneira que a lei, que dispõe do direito como um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é a relação jurídica existente.²⁶⁶

²⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-56.

²⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-56.

Para Marinoni e Sérgio Arenhart, o que diferencia o direito coletivo do direito difuso é a determinabilidade dos seus titulares e a existência de vínculo entre elas, visto que, em ambos os casos, o objeto é indivisível:

[...] a diferença essencial entre os direitos difusos e direitos coletivos (*stricto sensu*) reside no fato de que os direitos difusos pertencem, naturalmente, a pessoas indeterminadas, dissolvidas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligadas entre si, enquanto os direitos coletivos (*stricto sensu*) têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o violador (ou potencial violador) do direito, por uma relação jurídica base.²⁶⁷

Neste estudo, opta-se por abordar, a despeito dessas diferenças, os relevantes ensinamentos evidenciados pelos professores Osna e Arenhart, ao afirmarem que:

Ao que parece, ainda que essa definição legal- contemplando inicialmente um rol de direito metaindividuais e, posteriormente, apresentando algumas características próprias a esses interesses- tenha cumprido relevante papel no passado, hoje se presta mais para impedir a proteção desses direitos do que para auxiliá-la. Não raras vezes, perde-se tempo imenso debatendo se um direito possui ou não esta ou aquela característica e, portanto, se pode ser enquadrado como difuso ou coletivo, deixando em segundo plano a verdadeira intenção da concepção desses interesses metaindividuais.²⁶⁸

Nesse mesmo sentido, José Tesheiner observa que tais distinções mais serviram para provocar equívocos, seja em relação à legitimidade da causa, para confundir indivisibilidade com a necessidade, seja conveniência de decisão uniforme na sentença coletiva, de considerar como difusos os interesses de um grupo simplesmente por admitir o ingresso de novos membros no futuro, desconsiderando a circunstância de que o interesse deve ser atual.²⁶⁹

Portanto, a tutela coletiva deve ser entendida como uma proteção prestada pelo Estado por meio de um processo, efetivado em razão da lesão e voltado à proteção de determinadas espécies de direitos materiais, ou seja, é um conjunto de normas

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 5. p. 299.

²⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 62.

“Por mais que sumárias, as presentes considerações nos levam a concluir inequivocadamente que tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivos *stricto sensu* conferem roupagem a interesses metaindividuais, tendo a indivisibilidade e a indisponibilidade egoística como pedra de toque. Essa similitude faz inclusive com que alguns direcionem críticas à classificação e à sua utilidade prática” (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 67).

²⁶⁹ TESHEINER, José Maria. *Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos Stricto sensu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 241 – 256.

processuais diferenciadas, para tutelar tanto o direito material difuso e coletivo como o direito individual homogêneo.²⁷⁰

Assim, pode-se perceber que o ordenamento jurídico vivencia uma transformação, mesmo havendo, na tutela coletiva, um peso considerável de interesse público ou pelo fato de o processo civil ser ramo do direito público; portanto, é igualmente norteado pelo interesse público, que há muito já vem se rendendo aos métodos de resolução de conflitos, por meio da mediação, arbitragem e acordos processuais. Isso, inclusive, evidencia que uma grande parte da doutrina já reconhece a disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a errônea ideia “de que interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há regras de (in)disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.”²⁷¹

Verdade é que o Poder Judiciário não pode mais ser regido de maneira clássica, visto que a justiça “adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflito. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas”²⁷²; para isso, é necessária, também, a adequação do acesso à tutela, não se permitindo apenas a justiça estatal imperativa, mas aplicando uma justiça mais focada na pacificação social, na convergência de vontades e finalidades e em meios alternativos para a efetivação da tutela jurisdicional.²⁷³

Há, portanto, margem para a elaboração de convenções processuais nas ações coletivas a partir da regra do artigo 190 CPC/15, pois não há proibição, a priori, para as partes definirem os contornos do procedimento; pelo contrário, a

²⁷⁰ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50-51.

²⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557.

²⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

²⁷³ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

“O direito de acesso ao Direitos, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais. [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros” (COSTA E SILVA, Paula. A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra, 2009. p. 19-21).

convencionalidade entre as partes contribuirá para o melhor processamento e resolução das demandas relacionadas à tutela coletiva. Isso é o que será alvo de reflexão a seguir.

3.2 PARÂMETRO ESPECÍFICOS PARA A CONVENÇÃO PROCESSUAL NA TUTELA COLETIVA

Para melhor compreensão do presente estudo, faz-se necessária a análise entre direitos (in)disponíveis e direitos que admitam autocomposição, visto que, no princípio da indisponibilidade, nenhum dos direitos era passível de transação ou autocomposição. Todavia, o interesse público, muito embora indisponível, é passível de transação e autocomposição, em que pese se saiba da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.²⁷⁴

É justamente por isso que se pretende, estabelecer a diferença entre direitos (in)disponíveis e direitos que admitam autocomposição, uma vez que as convenções processuais permitirão a modulação do procedimento processual coletivo, sem necessariamente afetar o conteúdo do direito material (indisponível).

3.2.1 Direitos (in)disponíveis e direitos que admitem autocomposição: premissas necessárias

Ao estudarmos os interesses coletivos lato sensu, os quais abarcam os difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, protegidos por meio de ações coletivas, numa visão geral, tem-se a ideia de que esses são direitos indisponíveis e, portanto, não possuem qualquer margem de disposição por aqueles legitimados a defendê-los.

O caráter indisponível que reveste o objeto das ações coletivas depreende-se da impossibilidade de negociação nessa espécie de demanda, sob a justificativa de que a autocomposição implicaria na disposição dos direitos materiais coletivos. No

²⁷⁴ Conceitua-se a autocomposição e transação, conforme Daniel Amorim, como: “Forma de solução dos conflitos pelo consentimento espontâneo de um dos conflitantes em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, visando a pacificação social. Sendo a transação é uma espécie de autocomposição, nesta, há um sacrifício recíproco de interesses, cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 417).

entanto, a indisposição do direito material coletivo não impedirá a realização de certas ordens procedimentais, a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada com maior efetividade. Desta forma, muito embora revestidos de indisponibilidade material, “alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais”.²⁷⁵

O que se percebe, desse modo, é a existência de uma confusão terminológica doutrinária. É nesse ponto, conforme Gravonski, que “não se pode confundir a autocomposição em ações coletivas, com a transação disposta nos artigos 840-859 do Código Civil. A autocomposição em demandas coletivas não importa, em regra, na disposição do direito material, ao contrário do que acontece com a transação, ou seja, a negociação em tutela coletiva não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias)”.²⁷⁶

Desse modo, a autocomposição configura-se quando as partes envolvidas em um conflito tentam, por meio de suas vontades e acordos, dirimir os laços conflitantes que prejudicam a satisfação de suas respectivas pretensões. Essa forma de solucionar o conflito pelo consentimento das partes trata-se, atualmente, de legítimo meio de pacificação social; o Código de Processo Civil está estruturado para estimular a autocomposição.²⁷⁷

A busca pela pacificação social com base na solução consensual do litígio é sempre benéfica, podendo, caso não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos, haver o poder de disciplinar a forma de exercício de suas faculdades processuais, criando, assim, uma técnica complementar de gestão de processo civil.²⁷⁸ Não poderia ser diferente nas disposições do CPC/15, visto que atualmente existe uma clara tendência de estímulo ao uso de meios consensuais, tendo em vista que “o litígio é bastante custoso para as partes. Assim, sempre que possível, o acordo

²⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 326.

²⁷⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas*. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coord.). *Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 351.

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

²⁷⁸ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação, processo e Constituição: Considerações sobre a Autocomposição de Conflitos no Novo Código de Processo Civil*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013.

é sempre uma melhor opção²⁷⁹, especialmente quando inseridos em ambientes de “grande interesse público e social”²⁸⁰.

Por outro lado, a noção de indisponibilidade de direito envolve a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, limitando a autonomia privada, ou seja, a indisponibilidade é precisamente uma limitação sobre a disposição de um direito.²⁸¹

Em determinadas situações, a natureza dos direitos impede sua livre disposição, mesmo que exista interesse legítimo do titular, denominado de indisponibilidade objetiva. De outra banda, embora a natureza do direito não impeça a livre disposição, as características da pessoa do titular ou de seu representante impõem restrições ao poder de dispor, que, nesse caso, é denominado de indisponibilidade subjetiva.²⁸²

Afirmar que um direito é ou não disponível é analisar se o sujeito poderá ou não se desligar do direito, transferindo-o para outrem. Entretanto, existem graus de disponibilidade (ou indisponibilidade), que poderão variar de acordo com a importância do interesse que concretamente está em jogo. Os direitos patrimoniais, em regra, são disponíveis, tendendo para a disponibilidade, quando vinculado à relação entre bens e sujeitos; e os pessoais, tidos como essenciais, indisponíveis, estão relacionados

²⁷⁹ PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68. Afirma o autor: “O litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal.”

²⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *Negócios Processuais*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Grandes temas do novo CPC*. Salvador: Juspodvum, 2015. v.1, t. 1, cap. 34, p. 541-557.

Sobre os meios alternativos de solução de conflitos: CAPPELETI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr. 1994; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programa de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012. p. 21.

Quanto à necessidade dos métodos de solução de conflitos se adequarem às características da lide, em prol de um direito processual, que prestigia a “cultura da pacificação” em detrimento da “cultura da sentença”: WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁸¹ GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

²⁸² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-36.

com a indisponibilidade, em que pese, nem todo direito fundamental seja indisponível.

283

Cabe fazer uma distinção de que os direitos indisponíveis não correspondem aos que não admitem autocomposição dos conflitos judiciais. Isso porque há direitos indisponíveis, que admitem autocomposição, ao menos no que se refere à sua repercussão econômica, sendo exemplo disso o crédito alimentar ou créditos assistenciais que envolvem entes públicos.

Nas demandas que envolvem o ente público, por exemplo, são inúmeras as hipóteses de autocomposição. É bem verdade que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por meio de acordo de parcelamento firmado perante a repartição pública, bem como no âmbito previdenciário, o qual prevê dispositivo que admite a prática de transação pelos procuradores que representam o ente público em juízo, mediante descontos sobre parcelas vencidas em benefícios previdenciários.²⁸⁴

Dessa forma, percebe-se a possibilidade de disposição sobre direito, inclusive, naqueles aos quais recaem vultoso interesse público, como ocorre nos direitos coletivos, que, apesar de serem um pouco mais restritos, “não é de todo inegociável.”²⁸⁵As convenções processuais, realizadas pelo Ministério Público (que será aprofundado em item específico), são um grande exemplo, pois há negociações em ações coletivas, por meio do TAC, quanto ao modo e tempo da reparação do dano coletivo, sempre buscando a máxima efetividade da tutela coletiva. Assim, mesmo que haja a indisponibilidade em algum grau, não poderá impedir a convencionalidade.²⁸⁶

²⁸³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 64-67.

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1. p. 519.

No que tange às demandas que envolvem o ente público: “A questão da autocomposição sobre direitos da administração pública não é nova. A controvérsia resumidamente, contrapõe a tese de que (x) o princípio da indisponibilidade do interesse público implica a indisponibilidade de todos os direitos da Administração Pública e, por consequência, nenhum deles é passível de transação ou autocomposição; e a tese de que (y) embora indisponível o interesse público, é possível transação e autocomposição sobre direitos da Administração, tanto quanto possível dispor desses direitos por meio de outros negócios jurídicos bilaterais, plurilaterais e até mesmo unilaterais.” (CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*. In: DIDIER JR., Fredie. (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 481-506).

²⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557.

²⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557.

No Código de Processo Civil, como já ressaltado, há uma forte tendência de incentivo às soluções negociais, uma ampliação cada vez maior de convencionalidade tanto no direito coletivo quanto no que tange ao processo coletivo. Dessa forma, mesmo havendo restrições “no que tange à indisponibilidade sobre os direitos materiais, percebemos que existe alguma margem para autocomposição”²⁸⁷. A possibilidade de haver convencionalidade no processo penal e sancionador, bem como em causas do Estado, que envolvem interesse público e nas ações coletivas, “até mesmo para dispor dos interesses substanciais”, evidencia que não há porque haver óbice para a negociação em matéria processual.²⁸⁸

²⁸⁷ Cabral afirma que: “tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador, e até mesmo no processo penal, há a possibilidade de celebração de negócios que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, mesmo em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa. Essa permeabilidade para acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC. (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557. p. 550).

²⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557. p. 550.

Nesse sentido: “Em primeiro lugar, tem-se a compreensão de que o princípio da supremacia do interesse público não significa que o interesse público é sempre incompatível com o particular, como se fossem dois corpos que não ocupam o mesmo lugar ao mesmo tempo. A despeito do embate doutrinário entre os que invocam a “crise do princípio da supremacia do interesse público” e os que defendem a reconfirmação deste princípio, há certo consenso de que tal princípio (não positivado) não pode ser óbice para a harmonização (desejável) entre o interesse privado e os interesses públicos. Não havendo captura e se respeitando a impessoalidade, de fato, não há por que negar atendimento ao interesse privado se coincidente com os interesses públicos – nada mais, aliás, do que já se vê nos contratos administrativos.

Em segundo lugar, tem-se que a indisponibilidade dos interesses públicos não implica uma automática indisponibilidade de todos os direitos da administração. Basta pensar nos bens dominicais e nas prestações de assistência social para se constatar isso. O que ocorre é que, por ser o seu titular o Estado, o ato de disposição deve observar certas condições, como de resto acontece em todo ato administrativo (com seus requisitos de competência, objeto, forma, motivo, finalidade)”. (CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: DIDIER JR., Fredie. (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 481-506).

No mesmo sentido, Carlos Alberto de Salles bem afirma que “a indisponibilidade material se verifica de maneira inteiramente excepcional em relação à administração pública, restrita àquelas situações nas quais a um bem público se empresta um caráter coletivo, em razão, por exemplo, de um tributo ambiental ou de um valor cultural. No mais das vezes existe apenas uma disponibilidade condicionada ou pura indisponibilidade normativa.” (SALLES, Carlo Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Método, 2011. p. 217-297).

Desse modo, “a questão a ser respondida não é se a Administração Pública pode participar de autocomposição, de transação, de negociação. Ao contrário, na medida em que esses métodos forem mais eficientes para o atingimento dos interesses públicos, a Administração não só pode como deve utilizá-lo. O conceito de interesse público passa de obstáculo a aspecto essencial da administração pública por consenso”. (CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: DIDIER JR., Fredie. (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 481-506).

Nas convenções, relacionadas ao direito processual, não ocorre a disposição de direitos materiais da coletividade, visto que a disposição de direito processual “não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual”. Nesse sentido, as convenções processuais, que tratam sobre a forma de citação, renúncia ao recurso ou a certos meios de prova, por exemplo, não versam sobre o direito material, apesar de poderem impactar de alguma forma a solução final do processo em sentido material.²⁸⁹ Diante disso, a indisponibilidade sobre o direito material não ocasionará necessariamente a indisponibilidade sobre situações jurídicas processuais, pelo contrário, a convenção processual poderá reforçar a proteção “que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade”.²⁹⁰

Conforme referido, a autocomposição processual é um procedimento adaptado às necessidades das partes, que resulta em acordos voluntariamente cumpridos, de maneira que repousa nos princípios constitucionais da liberdade, por meio de dignidade humana pautada no contraditório, com isonomia e participação, na ampla defesa, no acesso e exercício ao direito e à justiça, do direito à assistência jurídica e à duração razoável do processo.²⁹¹

²⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557. p. 551.

²⁹⁰ “Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz. Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processo com alguma indisponibilidade, são possíveis.” (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557. p. 551).

Para Trícia Navarro, o artigo 190 CPC/2015 ao introduzir como requisito os direitos que admitam autocomposição, incluindo os direitos processuais e as regras sobre o procedimento, desde que estas normas processuais sejam disponíveis ou que não recaiam sobre interesse predominantemente irrenunciáveis. Salienta-se, portanto, que a disponibilidade do objeto pactuado se refere tanto ao direito material quanto às normas processuais, muito embora a “indisponibilidade do direito material não afetar a disponibilidade do direito processual que se pretende convencionar e vice versa”. Assim, a autora afirma não ser admissível convencionar sobre normas processuais cogentes, “embora nem sem essa distinção seja nítida.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215- 243).

²⁹¹ CAPPELETI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr. 1994. p. 97.

Assim, pretendeu-se aclarar a diferenciação entre autocomposição e indisponibilidade, de modo a evidenciar que direitos, que não permitem autocomposição, são muito mais restritos do que direitos indisponíveis, pois são basicamente os que versam sobre direitos de personalidade. É comum fazer a projeção de que direitos indisponíveis são direitos que não permitem autocomposição, mas, conforme demonstrado, essa tentativa de os tornar sinônimos é totalmente inadequada, já que, mesmo os direitos indisponíveis são passíveis de autocomposição, dessa forma, justifica-se a impossibilidade de se tratar os conceitos como sinônimos.

Na doutrina, não há um desenvolvimento profundo quanto ao tema, especialmente no que se refere a um direito ser indisponível. A afirmação mais comum é a de que são direitos que não podem ser renunciáveis,²⁹² mas que são passíveis de negociação.

Todavia, é, de fato, importante destacar a afirmação de que a indisponibilidade do direito fundamental não impede a autocomposição em relação àquele direito, porque, às vezes, se tutela melhor o direito mediante a autocomposição do que esperando a tutela judicial.²⁹³ Ademais, a indisponibilidade do direito também não gerará necessariamente a indisponibilidade sobre situações jurídicas processuais, até porque, conforme anteriormente exposto, “a convenção processual, poderá reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade”.²⁹⁴ Assim, diante do enunciado do fórum permanente de

²⁹² É a forma como alguns autores aborda a questão a indisponibilidade, por exemplo, para Daniel Neves: “Na tutela coletiva parece não ter lugar a renúncia, considerando-se a indisponibilidade dos direitos materiais difusos e coletivos tutelados pelo microsistema coletivo” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 419).
Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.: “Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual odendido; não cabe a renúncia, mas, tão somente, a regulação do odo como se deverá proceder à reparação os prejuízos a concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 326).
Importante frisar que não temos aqui o objetivo de criticar o fato de não haver aprofundamento teórico quanto ao tema, mas tão somente a dificuldade substancial que norteia a definição concreto de indisponibilidade do direito, especialmente na seara processual coletiva.

²⁹³ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 113-118.

²⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 187-189.

processualistas civis, a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração da convenção processual, não impede nem mesmo a autocomposição.²⁹⁵

Um grande exemplo a respeito do tema foi a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre legalidade da Lei da Arbitragem nº 9.307/96; o entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206). O relator do recurso e alguns outros ministros entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, previsto artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.²⁹⁶ Na ocasião, foi ajuizada uma ADIN,

²⁹⁵ Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg SE 5.206-Espanha*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 jan. 2021.

Ementa: "1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de

alegando que a impossibilidade de ajuizar ação é inconstitucional, porque fere o direito fundamental e a lei não poderá impedir esse acesso. Quem defendia a Lei, fundamentou pela livre disposição e autonomia da vontade em firmar o acordo arbitral; de outra banda, o contra-argumento afirmava que os direitos fundamentais são indisponíveis. Diante disso, a parte, mesmo firmando sua vontade por meio do acordo, não poderá renunciar ao direito de acesso à justiça. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão, decidiu pela constitucionalidade da lei, sob o argumento de haver diferença entre renunciar o direito e não exercer o direito; na arbitragem, a parte não renuncia ao direito de acesso à justiça, na verdade, ela apenas não o exerce.²⁹⁷

Ao considerar tal decisão do Supremo, o direito processual só existe enquanto posto em prática, ou seja, só existe enquanto exerce aquele direito, não havendo, dessa forma, qualquer tipo de renúncia a direito fundamental, pois estariam, na negociação, exercendo determinados direitos com intuito de melhor efetivação, para elas, considerados maiores. Dessa forma, direitos que não permitem autocomposição não estão relacionados com disponibilidade e indisponibilidade do direito, a admissibilidade da autocomposição está atrelada à possibilidade ou não de poder de disposição. Portanto, direitos indisponíveis poderão ser alvo de convenções processuais, como é o caso das negociações em ação de alimentos, visto que poderá haver a convenção processual, mesmo estando diante de direitos indisponíveis.²⁹⁸

decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SE 5206 AgR*. Relator: Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 22 fev. 2021).

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg SE 5.206-Espanha*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 jan. 2021.

A autocomposição, que é uma forma de resolução de conflito, por meio de composição construída pelas próprias partes, em fase pré-processual ou a posteriori, poderá acontecer com base em: (i) renúncia, quando o titular de um direito se despoja em favor de outro por ato unilateral; (ii) aceitação (resignação/ submissão), quando uma parte se subordina ao interesse da outra parte, convergindo seus atos ao que for imposto pela parte; (iii) transação, em que ocorre convergência na condução dos atos e nas resoluções dos conflitos, ocasionando uma concessão recíproca entre as partes. A importância dessa distinção está no fato de não podermos confundir a desistência da pretensão com a desistência da ação, conforme afirma Alcalá, visto que a desistência da ação se trata de fenômeno exclusivamente processual, que provoca a extinção do processo sem resolução de mérito e, portanto, não impede que a debate seja novamente deduzida em juízo. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y autodefensa: Contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2000. p. 83-84).

²⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 657-659.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, comentando acerca da antiga PL nº 7.169/14, afirmou que “as condições de cumprimento de obrigações relacionadas a direitos indisponíveis” poderão ser alvo de transação sem que haja necessariamente a transação do direito em si:

Ora, é de conhecimento geral que os conflitos de família são os que mais se adequam e mais frequentemente são submetidos à solução conciliatória. A ideia aparentemente encampada pelo PL sobre a indisponibilidade de certos direitos é equivocada e ultrapassada, pois, mesmo em relação a certos direitos indisponíveis, existe disponibilidade a respeito da modalidade, forma, prazos e valores no cumprimento de obrigações, passíveis de uma construção conjunta, e que são, assim, perfeitamente transacionáveis (como, v.g., guarda dos filhos) e em que pode haver reconhecimento da pretensão (por exemplo, investigação de paternidade).²⁹⁹

Diante desse argumento, eventual caracterização da indisponibilidade do direito não significa necessariamente impossibilidade de autocomposição, entendida como a possibilidade de voluntariedade relacionada a algum dos elementos de uma relação jurídica.³⁰⁰

As inovações legislativas e jurisprudenciais demonstram a evolução histórica do conceito de indisponibilidade e do emprego da autocomposição em específicos conflitos que se referem a direitos indisponíveis. Determinadas transações, anteriormente vedadas, passaram a ser permitidas, visando à necessidade premente de pacificação social, a exemplo da disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para transplante; a possibilidade de realização da mudança de sexo; do direito a alimentos; do direito trabalhista e previdenciário, bem como sobre direitos da administração.

²⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 91. p. 71-92, set./out. 2014. p. 13-14.

³⁰⁰ Ressalta-se que no presente estudo, precisa-se ter presente que sempre que possível o código atentou para o fato do legislador substituir a ideia de transação por autocomposição, porque mesmo direitos indisponíveis admitem autocomposição. Já a transação, pela norma do código civil, no artigo 841, estaria limitada a direitos disponíveis, desta forma, para evitar essa confusão terminológica com o estatuto do código civil, utilizaram a autocomposição. O que se trata na autocomposição daquilo que a doutrina resolveu chamar de justiça multiportas, seriam a conciliação, mediação, negociação, advocacia colaborativa ampla e todas as outras formas possíveis de autocomposição. Com isso, ocorrerão mudanças no procedimento a fim de ajustá-la às especificidades da causa e convencionar sobre ônus, poderes, faculdade e deveres processuais. (ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465).

Não se observa o esvaziamento do suposto caráter indisponível do direito, mas tão somente a flexibilização das condições de procedimento do processo ou o seu cumprimento. Pode-se perceber a efetivação desse conceito nas decisões que envolvam direitos difusos, bem como na discordância do Ministério Público, em obrigações de reparar o dano ambiental, quando o Poder Judiciário opta pela obtenção do resultado prático equivalente, assegurando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; assim, tão somente flexibiliza as condições de cumprimento da obrigação de reparar o dano.³⁰¹

Os Códigos de Processo, anteriores ao CPC/2015, em especial, o Código de 73, tinham toda sua estruturação baseada numa premissa maior de oferecer ao Estado instrumentos de efetivação do direito, para que o Estado, por meio de uma sentença impositiva de mérito, afirmasse que, se alguém tem ou não determinado direito, é a visão contida na instrução de Buzaid, em que, já na estrutura de exposição de motivo do Código de Processo Civil de 73, no item 6, propicia vazão à figura da resolução do mérito. Assim, com base em uma sentença impositiva de mérito, busca-se aquilo que seria o maior objetivo da atividade do Estado, a saber, a pacificação social.³⁰²

Hoje, muito se questiona a respeito dessa forma de pacificação social disposta pelos códigos anteriores, visto que nos deparamos, na verdade, com o maior acirramento das causas; é por esse motivo que o Código de Processo Civil 2015 baseou-se em um novo paradigma, o chamado princípio da autocomposição. A ideia é se desvencilhar de sentenças impositivas, pretendendo apresentar às partes em litígio a uma figura de autocomposição, conciliação ou mediação; diante disso, pode-se utilizar, inclusive, técnicas de negociação, tanto que, na parte introdutória do

³⁰¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76.

³⁰² Assim está disposto na exposição de motivo do Código de Processo Civil de 1973: “6. Fiel a essa orientação, esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.

Haja vista, por exemplo, o vocábulo “lide”. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” EXPOSIÇÃO de motivos do Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Relatores: Emílio G. Médici, Alfredo Buzaid. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.rafaelcasellipereira.com.br/files/historia/exposicao-de-motivos-codigo-de-processo-civil-1973.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2021.

CPC/2015, denominada de normas fundamentais, o artigo 3º, em seu parágrafo 2º, dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, por meio da conciliação, mediação e outros métodos de solução de conflitos; também, deverão ser estimulados por todos os operadores do direito.³⁰³

É nessa toada que o CPC/15 evidencia o princípio da autocomposição, por meio do qual detalham-se, durante toda a figura procedimental, situações possíveis para que as partes consigam encontrar uma resolução do conflito por elas mesmas; a partir disso, é possível conquistar a pacificação social. Percebe-se, assim, uma mudança de paradigma, por meio do qual se busca, agora, um processo capaz de aproximar as partes.

Trícia Navarro, em relação à forma de constituição e natureza jurídica das convenções sobre o processo, faz a análise sob dois aspectos, o judicial e o extrajudicial. No âmbito judicial, a “constituição das convenções em matéria processual” efetivar-se-á por meio de declarações de vontade que irão se unir para a formação “de um ato uno e novo, com efeitos específicos, em contraposição ao ato dispositivo concordante, em que há duas manifestações de vontade sucessivas, com lei vinculando os efeitos do ato de uma parte à concordância do outro litigante e ao pronunciamento judicial”; é, portanto, a convenção firmada no processo ato de natureza processual. As convenções realizadas extrajudicialmente, por outro lado, são constituídas de forma autônoma ou poderão ser inseridas em contratos mais amplos e abrangentes; por terem natureza jurídica material, seus efeitos processuais ficam condicionados à sua inserção na seara processual.³⁰⁴ Para a autora, no âmbito extrajudicial, serão adotadas as normas do direito material para a constituição da convenção; já no âmbito processual, deverão ser respeitadas as regras do direito material, como também as que envolvem o direito processual.

³⁰³ O Código Processual Civil 2015 é visto como código flexível, adaptável, contemporâneo e aberto para todos os tipos de direitos materiais, sejam eles individuais, sejam direitos coletivo, trata, inclusive, de direitos coletivos em sua dupla concepção: a) direitos coletivos das ações coletivas (difuso, *stricto sensu*, individuais homogêneos); b) nos casos repetitivos, em que o Ministério Público deve atuar, porque atuarão na construção de norma jurídica em todas as hipóteses onde houver a necessidade de convenção processual para tornar mais efetiva, eficiente a tutela coletiva (ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465).

³⁰⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215- 243

É nesse novo contexto jurídico que se buscam, gradativamente, mais soluções alternativas de conflitos que recaiam, inclusive, sobre direitos classificados como indisponíveis. Nesse sentido, pode-se constatar um incentivo à consensualidade e à convencionalidade, tanto de direitos materiais quanto processuais. Diante disso, em demonstração a essa forte tendência, que atualmente vem crescendo, o Conselho Nacional Ministério Público editou a resolução nº118, em dezembro de 2014, com previsão expressa para uso de mecanismos de autocomposição dos conflitos coletivos, utilizados especificamente como forma de garantia de proteção, de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, ainda que indisponíveis, questão essa que será aprofundada em tópico específico, dado a relevância para o presente estudo.

3.2.2 Alguns aspectos críticos sobre convenção processual na tutela coletiva

A entrada do Código de Processo Civil 2015, certamente, propiciou vantagens ao instituto das convenções processuais, ao prever, no artigo 190, a cláusula geral de convencionalidade, possibilitando redesenhar o processo. Assim, é natural que uma mudança de tamanha envergadura ocasionaria grandes debates ao tentar estabelecer os cabimentos e limites dessas convenções processuais. Apesar de se tratar de norma ainda pouco compreendida, as partes e os juristas em sentido lato (advogados, juízes, MP), quando diante de um conflito que precisa ser resolvido pelo direito, devem atuar colaborativamente, situando quais os fatos relevantes e estabelecendo qual o direito aplicável, assim, conseguem desenhar o conflito para permitir a solução adequada da lide. A partir disso, é possível saber exatamente qual é o conflito, o direito a ser aplicado; dessa forma, a solução nasce para a autocomposição. Há, no CPC/15, um estímulo para as convenções processuais, visto que elas ajudam a preparar esse ambiente, na medida em que esclarece de quem são as obrigações processuais quando controvertidas.³⁰⁵

Como percebido no capítulo anterior, o Código de Processo Civil dispõe que os direitos deverão admitir autocomposição; essa opção, estabelecida pelo CPC/2015,

³⁰⁵ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

foi de suma importância para elastecer a aplicabilidade da autocomposição processual, fugindo dos limites previstos em algumas leis que se vinculam ao tema da disponibilidade da parte do direito. No contexto do direito coletivo, as convenções processuais surgem diante de direitos mais amplos, que se encaixam perfeitamente, tanto que são direitos que há tempos vêm sendo objetos de autocomposição.³⁰⁶

Quanto à sua aplicação na tutela coletiva, essas discussões são mais candentes, pois consideram o caráter indisponível, associado aos direitos que são tutelados nessa seara; também, há a característica da legitimidade dos que podem ir a juízo fazer a defesa desse direito, já que, além de concorrente, essa legitimidade é extraordinária, ou seja, os titulares ativos da ação coletiva não estão em juízo defendendo interesses próprios, mas sim os interesses da coletividade ou grupo que, às vezes, sequer podem ser identificados.

São inúmeros os questionamentos considerados diante da aplicação do instituto na tutela coletiva, quanto à sua natureza jurídica e ao objeto das convenções processuais, além da possibilidade de estabelecer um quadro geral dos limites ou cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, qual objeto de controle junto ao Poder Judiciário e perspectiva de sua aplicação prática.

A negociação em processo é particularmente importante na tutela coletiva, visto que, muitas vezes, são processos complexos e demorados e se arrastam na justiça por longos períodos, o que é, sem dúvida, um grande problema, diante de sua relevância e importância. Como as convenções processuais são uma forma de customização do procedimento, de maneira vinculativa com o juiz, possibilita-se a adaptação desse procedimento de maneira a fazê-lo mais efetivo.³⁰⁷

O artigo 190 do Código de Processo Civil 2015 dispõe que a negociação será possível nos casos em que o direito material admita a autocomposição; não se usa, por exemplo, a cláusula de arbitragem que estabelece direito materiais disponíveis. Nesse sentido, a negociação processual é possível também quando o direito material envolvido tem nota de indisponibilidade, ou seja, a indisponibilidade sobre o direito material não considera, necessariamente, a indisponibilidade sobre o processo para

³⁰⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 259-284.

³⁰⁷ GAIO JR., Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 43-73, maio 2017.

discutir aquele direito. Tal situação é importante, porque tem feito, por exemplo, com que a fazenda pública também se utilize das convenções processuais. Como evidenciado reiteradas vezes, a lei de liberdade econômica é um grande exemplo, com expressa previsão de realização de convenções processuais pela fazenda pública.³⁰⁸

A doutrina, de modo geral, defende a ideia de que as convenções processuais deverão resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, todavia, tais garantias fundamentais processuais não serão, no todo, indisponíveis a ponto de proibir a liberdade das partes para convencionar o sentido de sua mitigação. Existe, no direito coletivo, um microssistema que deverá ser considerado, do mesmo modo que o instituto esquadrinhará os direitos processuais fundamentais do processo coletivo. Sob a ótica do direito coletivo, o estudo deve considerar as garantias fundamentais típicas dos processos coletivos na perspectiva do acesso à justiça, ou seja, considerar os contornos próprios do acesso à justiça e a liberdade processual dos legitimados. Em que pese a liberdade processual esteja presente para os legitimados, não é tão ampla quanto no processo individual, pois, nas ações coletivas, os legitimados têm alguns parâmetros importantes a serem considerados.³⁰⁹

A ideia de não ultrapassar as garantias processuais fundamentais poderá ser justificada da seguinte forma: em determinado contrato empresarial, as partes convencionam uma cláusula de *pactum de non petendo* com um longo período de duração para que houvesse negociação e não viesse a prejudicar aquela determinada atividade empresarial. Ocorre que essa mesma cláusula não seria possível nas ações que tutelam direitos coletivos, visto que, no processo coletivo, esse mesmo pacto com longa duração inviabilizaria, por exemplo, o acesso à justiça, indo, dessa forma, contra os princípios básicos que permeiam o sistema processual coletivo.³¹⁰ Em linhas gerais, as convenções processuais não poderão afetar os direitos processuais fundamentais típicos do processo coletivo.

Outro aspecto é que a convenção processual não poderá de nenhuma forma evidenciar um efeito negativo para o direito material tutelado; terá que auxiliar para

³⁰⁸ BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 163.

³⁰⁹ MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 81.

³¹⁰ MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 111.

que o processo judicial seja mais efetivo, mais rápido, mas não poderá de nenhuma forma malucar o direito material tutelado.³¹¹

Quanto à intangibilidade do direito material, a convenção processual não poderá afetar o direito material indisponível, ainda que de forma reflexa, a exemplo, a limitação de penhora de bens localizados na sede do juízo, em que, na ocasião, uma associação faz uma convenção no âmbito do processo coletivo sob a justificativa de que facilitaria os atos processuais. Essa convenção pode, ao final, inviabilizar a satisfação do direito material, porque, se a empresa não tiver bens naquela localidade, não terá também a satisfação do direito material.³¹² Salienta-se que não há vedação para a realização da convenção processual, no exemplo apresentado, pois ocorre somente que esse tipo de convencionalidade não poderá inviabilizar o direito material.

As convenções processuais nas ações coletivas não poderão ter como objeto matérias submetidas à reserva legal, tampouco, que versem sobre legitimidade e coisa julgada coletiva. Isso porque há expressa vedação à alteração do sistema de legitimidade e da coisa julgada coletiva, porque a legitimação extraordinária, prevista para processo coletivo (o rol de legitimados do artigo 15 da Lei 7347/85 - necessidade de representatividade adequada) ou a coisa julgada no processo coletivo só poderão ser modificadas por meio de lei que altere a regulamentação da coisa julgada e da legitimidade extraordinária.³¹³

Não poderá haver convenções processuais sobre poderes e deveres do juiz, tampouco, do Ministério Público; isso porque existe nesse aspecto um grau de indisponibilidade, tornando, assim, a cláusula inválida. Por exemplo, será nula a cláusula que determina a não intervenção do Ministério Público nas ações em que ele deve participar, isso, é o que afirma o enunciado do fórum permanente de processualistas civis n. 254,³¹⁴ visto que nenhuma convenção processual tem eficácia

³¹¹ MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 102.

³¹² MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 102-104.

³¹³ MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 100-103.

³¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 113-118.

Assim dispõe o Enunciado n. 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “[art. 190] É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.” (Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>> Acesso em: 09 fev 2021).

perante terceiros em seu prejuízo, salvo se houve a adesão desse terceiro. A convenção processual, portanto, tem eficácia somente entre quem a celebrou, já que o prejuízo é o limite para a eficácia perante terceiros.³¹⁵

A convencionalidade processual não poderá enfraquecer as regras especiais processuais previstas no procedimento típico da tutela coletiva, as quais foram talhadas para garantir, sobretudo, o acesso à justiça. Assim, a inversão do ônus da prova somente em favor da coletividade, bem como a regra própria de custeio, estabelecida na Ação Civil Pública³¹⁶, são disposições que facilitam o acesso à justiça pelos legitimados, de forma a tornar mais ampla a proteção dos direitos materiais coletivos; nesse sentido, não poderá haver convenções que mitiguem essas garantias.³¹⁷

Ademais, observa-se que a doutrina brasileira tem estabelecido algumas premissas básicas para a aplicabilidade das convenções processuais no contexto dos processos coletivos:

A primeira premissa trata da possibilidade de convencionar o processo coletivo; essa observação tem como ponto de partida o artigo 190 do Código de Processo Civil, que, apesar da possibilidade de realização de negócios típicos, estabelece, como foco, os negócios jurídicos processuais atípicos. A segunda, por sua vez, conjectura que a indisponibilidade do direito não se traduz como empecilho para a celebração das convenções processuais; isso, aliás, é um ponto consensual da doutrina. A

³¹⁵ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 115-117.

“Na doutrina há quem defenda, por exemplo, que acordos processuais não podem incidir sobre poderes do juiz e do Ministério Público, bem como não podem violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Defendem, ainda que são nulos acordos irrevogáveis ou que importem renúncia sem benefício correlato” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 244).

Para Zaneti, “Cabe, contudo, interpretar este problema a luz do direito material discutido, quanto mais for disponível o direito e quanto menor for o atingimento dos direitos fundamentais afetados, maior será a liberdade negocial. Como já afirmamos acima, a indisponibilidade do direito material não afasta a convenção processual, até pode ser que a convenção seja mais protetiva para o direito objeto do conflito.” (ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 116-117).

³¹⁶ Não poderão ocorrer por meio de convenções processuais alteração consensual de regras processuais especiais, como o benefício à tutela coletiva, por exemplo, convenção processual sobre adiantamentos dos honorários periciais, previstas no artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 183-187).

³¹⁷ MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 110-111.

terceira premissa se traduz pela necessidade de concretude das convenções processuais atípicas; nesse sentido, evidencia que as convenções processuais atípicas nos processos individuais e nos coletivos são instrumentos que necessariamente pressupõem a relação de referibilidade com algum processo atual ou futuro. Ou seja, para que seja admitida a convenção processual atípica, é necessária a sua concretude; não podemos celebrar convenção processual atípica e indeterminada que não se esteja vinculada a um determinado processo, ainda que esse processo, do ponto de vista cronológico, não exista ao tempo da celebração do negócio. A redação do artigo 190, caput, não deixa dúvidas quanto a esse requisito: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição”, ou seja, é necessário haver um vínculo entre o que será negociado e o processo.³¹⁸

A natureza do direito, não o que trata do direito objeto da convenção processual, mas do direito que apresenta uma situação de referibilidade com o processo, necessita de uma concretude, por se examinar a natureza do direito que será debatido, ainda que esse seja um processo futuro.

A última premissa versa sobre a legitimidade nos processos coletivos: baseia-se na ideia de que os legitimados para o processo coletivo no direito brasileiro são substitutos processuais, legitimados extraordinários - apesar dos entendimentos contrários e das exceções, como são os casos das comunidades indígenas. Nessas situações, defende-se que teriam aptidão e legitimidade para uma situação jurídica própria titularizada por toda a comunidade e, portanto, seriam legitimados ordinários - com a exceção anteriormente exposta; todas as outras hipóteses representariam situações de substituição processual, chamados legitimados extraordinários, os quais estariam no processo coletivo para afirmar uma situação jurídica de que não é titular.³¹⁹

Na legitimidade negocial, é necessário indagar, em primeiro lugar, a legitimidade do ente, sujeito a compor ou figurar o processo coletivo, para se afirmar a legitimidade negocial. Se partíssemos da premissa de que um legitimado no processo coletivo é um legitimado extraordinário, de certa forma, iria demarcar os limites dos poderes de negociação desse sujeito, o que não apresenta nenhuma

³¹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 259-284.

³¹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 259-284.

singularidade em relação ao processo individual. Na celebração da convenção processual pela parte no processo, que não está demandando ou litigando sobre o próprio direito, recaem limites sobre o que aquele sujeito poderá negociar. Então, há certas convenções processuais que, a despeito de versarem sobre processo ou situações jurídicas processuais, repercutem diretamente sobre o objeto litigioso e sobre o próprio direito substancial. Por isso, demonstra-se como um ponto muito sensível, por não se imaginar que um legitimado extraordinário possa abdicar do direito do substituído ou praticar atos de disposição sobre o direito do substituído; isso fica evidente quando se trata de direito coletivo.³²⁰

No que tange à capacidade, “partes plenamente capazes”, não encontramos muitas controvérsias doutrinárias em relação ao processo coletivo. Assim, não há nada de singular que possa distinguir esse limite da forma como ele irá efetivar-se nos processos individuais. A incapacidade coletiva será suprida pela representação e assistência, pois as partes poderão figurar em acordos processuais, em compromisso de ajustamento de conduta, de forma que é pouquíssimo provável se vislumbrar uma convenção processual com problemas dessa natureza. A questão que envolve esse tema concretiza-se no seguinte fato: para que alguém celebre a convenção processual na tutela coletiva, o sujeito negociante deverá ser legitimado a figurar no processo coletivo; só quem poderá firmar um acordo ou celebração processual é aquele que possa participar do processo coletivo, ainda que se esteja a tratar de um processo coletivo futuro, ou seja, para controlar a admissibilidade da convenção processual coletiva, é necessário fazer uma projeção do controle, que haverá de ser feito, sobre a legitimidade do ente que participa ou irá participar de ações coletivas, já que, quem não tem legitimidade para figurar no processo coletivo, conseqüentemente, não poderá celebrar uma convenção processual coletiva.³²¹

Sabemos que a negociação coletiva é complexa, não há como haver convenção a fim de limitar a legitimidade a partir do que já está positivado, por exemplo, dispõe o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública que é necessário realizar além da indicação da legitimidade, o controle de adequação e pertinência temática, deverá existir a relação entre o legitimado e objeto litigioso; essa análise precisará

³²⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-304.

³²¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-304.

também ser feita para fins de controle das convenções processuais.³²² Dessa forma, o controle de legitimidade, que é feito no processo coletivo, precisará também ser feito para fins de aquisição em uma convenção processual atípica.

Existe uma relevante controvérsia quanto a aplicabilidade da convenção processual na moralidade administrativa, na qual existe uma vedação na Lei de improbidade administrativa e há quem defenda que questões que envolvam a moralidade pública podem ser objeto de negociação processual, apesar da proibição expressa e textual da Lei de Improbidade. Em relação a isso, apesar de ser um espaço muito interessante de realização de convenção processual, é importante sobrepesar essa resistência doutrinária em razão da vedação legal, que, apesar de anacrônica, é uma lei, já que existe uma norma positivada.³²³

Pedro Nogueira, afirma que a Lei de Improbidade administrativa, no artigo 17, § 1º, veda expressamente convencionar acordos processuais, tanto que o legislador se utiliza de diversos sinônimos, como transação e negócios, ou seja, para que não haja qualquer abertura para interpretarmos de forma diferente.³²⁴

³²² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-304.

³²³ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³²⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 273-275. A Lei 9.807 que desaguou na Lei anticorrupção 2146 e na lei de organização criminosa 2 250, essas leis prevê a possibilidade que a pessoa jurídica beneficiária por um ato improprio, consiga um acordo de leniência, e, portanto, seja beneficiada por um acordo sobre as sanções do artigo 12 da lei de improbidade, dessa-se o direito material punitivo, o direito material punitivo passa a ser negociado, por que o processo para resolver este direito material punitivo não seria? Cabral por outro lado afirma: “O artigo 17, § 1º da Lei de improbidade foi revogado, porque ele não se coaduna com o restante do sistema, perdeu totalmente o sentido no sistema processual Brasileiro, em 1982 quando esta lei foi prevista editada não havia negociação em processo de interesse público, tampouco em processo penal, depois houve uma revolução no que tange os dois processos, nas leis anticoncorrenciais através da lei 884/1994, depois a lei 2529 de 2011, passando pelas Lei 9034 que previu a organização criminosa, lei 9099- negociação no campo do processo penal e direito penal (CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021).

³²⁴ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestructura específica para la resolución de conflictos colectivos: las claims resolution facilities y su aplicabilidad en brasil. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, 2019. Disponível em: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2019/04/cabral_Zaneti-entidades_de_infraestructura_espec%C3%ADficapara_la_resolucion.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

Assim, quando se discute sobre o controle das convenções processuais, que versem sobre direito indisponíveis, é possível perceber outro tipo de controle, o da violação das convenções processuais nas normas cogentes, que nada mais é do que uma hipótese de ilicitude do objeto, ou seja, sempre que a negociação processual contraria uma imposição de norma cogente, o objeto e as convenções processuais são ilícitos.³²⁵

A violação à norma jurídica poderá acontecer de duas maneiras: a) é possível se pensar na violação direta, que ocorre justamente na hipótese em que o indivíduo convencionada e afronta a proibição; por exemplo, o sujeito abre mão do direito ao meio ambiente (um direito difuso ou coletivo); b) a outra hipótese da violação é a indireta, quando, a pretexto de não dispor sobre o direito, se praticam atos de disposição que ocasionam o fim proibido pela norma; por exemplo, se a norma veda atos de alienação ou disposição de direitos, não poderá, a pretexto de celebrar uma convenção processual, alcançar por vias transversas a finalidade que foi evitada pela norma jurídica.³²⁶ Essa prática, muito difundida no direito privado, por interposto de pessoas, que se assemelha muito à simulação, apesar de haver diferenças entre *fraus legis* e simulação, faz lembrar que é necessário abrir os olhos para a finalidade, que é uma forma de controle sobre os limites dos negócios processuais casuísticos. Assim, não é abstrato, por isso, é necessário investigar se aquele negócio jurídico processual específico representa, por via transversa, um ato de abdicação do direito material³²⁷

Outra questão gritante no sistema processual brasileiro, seja no Código de Processo Civil 2015, ou no microssistema processual coletivo, versa a respeito de suportar as questões procedimentais do processo coletivo e do processo estruturante, por ser impossível ao legislador prever todas as licitudes do processo coletivo e estruturante; ademais, por não existir um tipo específico de processo coletivo, de forma que são dezenas de processos variáveis conforme as particularidades do

³²⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 324.

³²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1. p. 51.

O Ministério Público ou outro legitimado realiza um acordo probatório para restringir as possibilidades probatórias. Apesar de estar aparentemente a tratar de um negócio jurídico processual sobre prova, o fim protegido e perseguido pela norma pode estar sendo evitado por conta da abdicação de um direito processual. Já que isso repercute diretamente na definição do objeto litigioso, é preciso haver a realização de um controle casuístico sobre essa finalidade.

³²⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-304.

conflito que está sendo levado a juízo. Ou seja, é impossível ao legislador prever procedimento para cada tipo de processo coletivo que surgirá.³²⁸

É impraticável o processo coletivo sem se tratar de uma certa dose de ativismo judicial processual³²⁹. Pedro Nogueira entende que o melhor modelo é aquele em que as partes chegam a um consenso na forma do desenvolvimento do processo, mas, caso não haja consenso na convenção, caberá ao juiz construir um procedimento, flexibilizar os existentes ou não, com a finalidade de tutelar adequadamente aquela situação jurídica. O juiz vai ter que, na tentativa de dialogar entre as partes, estabelecer uma maneira de envolver o processo coletivo da melhor forma possível, mesmo sendo preferível que as próprias partes cheguem a um consenso por meio das convenções processuais.³³⁰

O juiz controlará a validade das convenções processuais, visto que, como há o interesse público inescusável na atuação processual, não há como o juiz deixar de exercer esse controle e recusará sua aplicação somente nos casos em que houver a nulidade, pela invalidade da convenção processual ou pela inserção abusiva em contrato de adesão. Importante ressalva a ser feita é que o parágrafo único é, muitas vezes, confundido e interpretado pela impossibilidade de inserção de convenções processuais em contratos de adesão; por exemplo, quando o Ministério Público intervir em pactos dessa natureza por meio das promotorias dos consumidores, ele poderá, quando necessário, inserir cláusulas negociais processuais mais benéficas para o consumidor, porque cláusulas mais benéficas em contrato de adesão não são vedadas; as proibidas são aquelas que são abusivas, que, de alguma maneira, coloquem as partes em situação de vulnerabilidade. Ou seja, cláusulas que

³²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100- 102.

³²⁹ O contrário do que ocorrem, por exemplo, nas *class action* em que o juiz se apresenta de maneira neutra e seu papel é apresentado apenas como um árbitro perante as atividades praticadas pelas partes, somente decidirá quanto a questões de direito a partir da provocação das partes (CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. em. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 268, jun. 2017. p. 2-3).

Neste modelo de Estado reativo, a liberdade individual é posta em primeiro plano, nas palavras de Jolowicz: “o juiz é como o júri, não sabe nada do caso até que o próprio julgamento comece” (JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 52, n. 2, p. 281295, Apr. 2003. p. 286).

³³⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-310.

enfraquecem os direitos processuais das partes e que as colocam em situação de vulnerabilidade poderão ser controladas pelo juiz.³³¹

Importante salientar que, conforme discutido no item anterior, o maior realizador e solucionador de litígios coletivos no Brasil é o Ministério Público, por meio do TAC e outros tipos de procedimentos adequados às especificidades da causa; talvez, a novidade seja o olhar científico para a questão depois que ela venha em juízo, aí sim surgirão todas as situações de convenções processuais, sobre flexibilização procedimental.³³² Nessa gestão processual, através dos calendários processuais, através das técnicas de contratualização do processo e convenções processuais se vislumbra a possibilidade de mapear onde estão os gargalos processuais, e, a partir desse mapeamento, estabelecer cláusulas processuais padrões para que não ocorram.³³³

Assim, destacando a relevância da utilização das convenções processuais na seara dos direitos coletivos, o Ministério Público, como exemplificado diversas vezes no decorrer do trabalho e agora minudenciado no item seguinte, poderá celebrar convenções processuais, seja nos acordos extrajudiciais (compromissos de ajustamentos de conduta), seja em processos judiciais em que atue como parte. Isso porque, a celebração das convenções processuais poderá ser de grande valia para a solução da questão que está sob sua análise, bem como poderá possibilitar uma proteção mais adequada e eficaz do direito por ele tutelado.

3.2.3 Autocomposição em interesses coletivos analisada à luz da atuação do Ministério Público

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece um rol de legitimados para a propositura de ações que tutelam direitos transindividuais, bem como trata da viabilização da representação dos interesses de determinado grupo ou de seus

³³¹ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

³³² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 300-310.

³³³ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

membros. O Código de Processo Civil 2015 dispõe que, de modo geral, o processo coletivo será regido pelos parâmetros estabelecidos no processo ordinário, o que possibilita, dessa forma, a representação processual dos interesses coletivos, seja de um grupo, de seus membros ou de toda a coletividade, inclusive, no que versar sobre o instituto das convenções processuais no âmbito da tutela jurisdicional de direitos coletivos.

Entre os legitimados para a proposituras de ações coletivas, estão a Defensoria Pública e o Ministério Público. A Defensoria Pública, conforme disposição constitucional, atua a fim de prestar assistência jurídica aos hipossuficientes, enquanto o Ministério Público, conforme o que dispõe o artigo 127 CF/88, atuará nas causas envolvendo a defesa da ordem pública, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como na busca constante pela manutenção do regime democrático. O Ministério Público é órgão incumbido de tutelar esses direitos na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntárias; desse modo, poderá atuar ora como substituto processual, ora como fiscal da ordem jurídica (custos legis).³³⁴

No que tange à atuação do Ministério Público, nas convenções processuais, é importante salientar que poderá convencionar acordos processuais tanto quando atuar como parte quanto atuar nos processos que apresentem relevância social.³³⁵ O fato é que o Ministério Público, ao exercer as funções compatíveis com suas prerrogativas, possuirá legitimidade de representação e habilitação necessária para atuar nas ações civis públicas, como também nos acordos realizados entre as partes envolvidas, com intuito primordial de promover de modo mais efetivo a tutela coletiva.

³³⁶

Hermes Zaneti, a respeito da possibilidade de realização de convenções processuais pelo Ministério Público, afirma que:

Os negócios processuais estão, portanto na vanguarda do autorregramento da vontade no processo, permitindo ao Ministério Público: a) adaptar ou flexibilizar os procedimentos a partir das convenções; b) realizar convenções antes e durante o processo; c) aplicar as convenções como um instrumento

³³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 78- 79.

³³⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 334-342.

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 148.

dialogal no âmbito da cooperação processual objetiva, inclusive mediante cláusulas de termos de ajustamento de conduta. Portanto, é preciso deixar muito claro que a indisponibilidade do direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade.³³⁷

Dessa forma, dentro desse contexto de representatividade, o Ministério Público, por ser órgão com permissivo constitucional de representatividade, poderá negociar tanto a priori quanto na seara processual (para melhor operacionalidade do processo) acordos que visam à proteção do indivíduo e da coletividade.³³⁸ Quando firmada a priori, a litigância começa antes do processo judicial; inicia-se já ao projetar o processo futuro na redação do termo de ajustamento de conduta, sendo uma grande arma para a proteção dos direitos que se deseja tutelar. Significa que o processo inicia antes do ajuizamento da ação; isso faz com que repensemos a forma de atuação, nos direciona para um planejamento bem maior do que somente o ajuizamento de possível ação coletiva. Não irá se pensar somente no âmbito processual da ação civil pública, mas também há uma preocupação de realização para toda a gestão processual da ação desde o TAC, analisando os casos de descumprimento e de todas as dificuldades que nortearão o processo durante a negociação.³³⁹

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), instrumento de negociação coletiva realizada pelo Ministério Público, está presente no Brasil desde muito tempo e trata-se de um dos principais instrumentos estabelecidos pela Lei de Ação Civil Pública. Os termos de compromissos puderam ser vistos em larga escala no ordenamento jurídico; são os casos previstos na Regulação do Mercado de Capitais - Lei 6.385/1976 da Comissão de Valores Mobiliários, posteriormente, também previstos na Lei 3.506/2007- já revogada; nos acordos de Leniência, que começaram pela Lei 8.884/1994 - primeira lei anticoncorrencial³⁴⁰- atualmente, previstos no artigo

³³⁷ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 113-114.

³³⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 330-331.

³³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58-70.

³⁴⁰ A lei em questão dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 1-43, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021. p. 41-43).

86 da Lei 2.529/2011, posteriormente estendido para a sistemática anticorrupção; na Lei 12.846 - dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências - nos compromissos de cessação da Lei anticoncorrencial (Lei CAD); nos acordos administrativos em processo de supervisão, conduzidos pelo BACEN, recém incluídos os compromissos, o que é uma forma genérica de negociação pela administração pública em geral, os quais foram inseridos, em 2018, no artigo 26, pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³⁴¹

Mais recentemente, encontramos na arbitrariedade dos conflitos da fazenda pública; já encontrávamos acordos, também, na conciliação em causas de Estado, que vinham desde 2001; nas leis dos juzizados especiais, inseridos, inclusive, no decreto lei da desapropriação; a Lei de Liberdade econômica, que inseriu inúmeros dispositivos na Lei 1.0522/2002³⁴², prevendo a possibilidade de celebração de convenções processuais pela Fazenda, usou expressamente a palavra negócio jurídico processual no artigo 19º e parágrafos e 19, alínea C.

Podemos, ainda, constatar que, desde 2015, o tema vem sendo extremamente ampliado no âmbito da litigância pelo poder público, havendo, dessa forma, a possibilidade de negociação mesmo nos campos enormemente marcados pelo interesse público, o que demonstra ser uma grande tendência no Brasil.³⁴³

Essa tendência, em relação às Convenções processuais, é reforçada não apenas pelo Código de Processo Civil, mas também pela Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, que, vale destacar, é anterior ao Código de Processo Civil de 2015 (a resolução é de dezembro de 2014). A Resolução nº 118 prevê a autocomposição realizada pelo Ministério Público em todas as áreas, até mesmo no âmbito Penal, tratando, inclusive, de práticas restaurativas. Os artigos 15º, 16º e 17 prevê a possibilidade de convenções processuais e são recomendadas todas as

³⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância: admissibilidade, objeto e limite. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 277, p. 47-78, mar. 2018.

³⁴² Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.

³⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

vezes que o procedimento possa ser adaptado e flexibilizado para adequada efetiva da tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes.³⁴⁴

Segundo a lei processual do artigo 190 do CPC/2015, poderá o Ministério Público, em qualquer fase da investigação do processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações processuais. As convenções deverão ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa³⁴⁵ com o objetivo de restaurar o convívio social e efetiva pacificação nos relacionamentos por intermédio da harmonização dos envolvidos, de forma que podem ser documentadas como cláusulas de ajustamento de conduta, o que já vem vigendo desde 2014 e que se aplica a todas as áreas do Ministério Público, de tal modo que, a esse órgão, recaia ferramenta muito importante de utilização das convenções processuais.³⁴⁶

Nos termos de ajustamento de conduta após todas as disposições sobre direito material, por exemplo, as formas de reparação do meio ambiente, os pactuantes engonçam uma sessão no TAC, disciplinando um processo futuro para discutir no judiciário qualquer conflito que envolva aquele compromisso de conduta; estabelecem um fórum de eleição; iniciam a forma do acordo; a forma de citação (por e-mail, WhatsApp); estabelecem, por exemplo, a convenção probatória relacionada à visualização (duas setas de recebimento ou confirmação de recebimento do WhatsApp); limitação do número de testemunhas; convencionam sobre os condicionamentos à execução provisória.³⁴⁷

³⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para la resolución de conflictos colectivos: las claims resolution facilities y su aplicabilidad en brasil. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, 2019. Disponível em: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2019/04/cabral_Zaneti-entidades_de_infraestructura_espec%C3%ADficapara_la_resolucion.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁴⁵ A respeito dessa afirmação, queremos afirmar que: “não há uma convergência de interesses -cada um tem o desejo de ganhar sua causa- mas sim uma convergência de interações para aquele ato específico. Se pensar em um processo fragmentado, em vários fleches processuais, pensa-se numa série de possibilidades para customizar os contratos para que caso haja litígio possa-se minimizar o impacto do litígio contratuais”. (OSNA, Gustavo. *Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”*). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020).

³⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para la resolución de conflictos colectivos: las claims resolution facilities y su aplicabilidad en brasil. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, 2019. Disponível em: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2019/04/cabral_Zaneti-entidades_de_infraestructura_espec%C3%ADficapara_la_resolucion.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância: admissibilidade, objeto e limite. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 277, p. 47-78, mar. 2018.

Poderá também utilizar a convenção processual nos acordos firmados pelo Ministério Público, estabelecendo cláusulas como: pacto de *non petendo*, pague e repete - estudado no direito de fato, que poderá ser utilizado na negociação e é uma espécie de pacto de *non petendo* especial (promessa de não ajuizar uma ação); a cláusula pague e repete é uma promessa de não alegar, pois é inserida, por exemplo, a promessa de não alegar a invalidade do próprio TAC antes de cumprir uma determinada cláusula, o que normalmente se faz embutindo multa. Dessa forma, para cada alegação feita, irá ser aplicada multa. Assim, as alegações contrárias ao objetivo consensual do compromisso de conduta ocasionam multa ao seu descumprimento e, conseqüentemente, desincentivo para o ajuizamento de qualquer ação.³⁴⁸

Os negócios jurídicos, cujo objeto não tem relação com o direito material, mas sim com o procedimento ou situações jurídicas de natureza processual, estão no instrumento negocial sobre direito ambiental, reparação ao erário, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção dos direitos da criança e da juventude, proteção do consumidor. Nesses casos, poderá ser aberto um capítulo ou inserir cláusulas no meio do TAC, disciplinando aspectos do procedimento atual ou futuro para discutir em juízo, ou seja, irão ser disciplinadas perante o juiz estatal as condições daquela convenção processual.³⁴⁹

Da mesma forma, poder-se-á disciplinar em qualquer ação judicial que possa ser ajuizada tanto pelo Ministério Público quanto pelo compromissário em torno daquela mesma questão de direito material; nas formas de citação embutindo uma convenção probatória; poderá disciplinar os aspectos da prova; disciplinar a renúncia de recursos, constituindo um processo com instância única ou renunciando todos os recursos sobre as interlocutórias; poderá tratar sobre a renúncia dos recursos aos

Outro importante exemplo -se do poder de agenda do Ministério Público, que significa reconhecer que ele definirá, por meio do seu planejamento estratégico e da interpretação do ordenamento jurídico, quais suas prioridades de atuação. Isso gera uma disponibilidade motivada, uma quebra da obrigatoriedade como regra, criando uma possibilidade de o MP sustentar atuações mais incisivas, e, assim, regularizar a sua demanda, de maneira a julgar com primazia do julgamento de mérito para a obtenção do resultado prático equivalente, que é a ideia de preservar os bens jurídicos da Constituição Federal que são objetos da tutela do Ministério Público. Importante perceber que o poder de agenda com um foco na tutela de mérito e o resultado prático equivalente da proteção desses bens jurídicos fundamentais, é a principal arma para o MP atingir esses objetivos. (ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465).

³⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 113-114.

³⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 187-189.

tribunais superiores, o que reduz o tempo de tramitação global daquele processo; poderá disciplinar diversos aspectos sobre execução, em que, muitas vezes, existe grande dificuldade de implementação ao que foi determinado pelo juízo.³⁵⁰

Assim, possível afirmar que as convenções processuais mudam completamente a forma de atuação do MP, já que se trata de uma ferramenta muito aderente ao formato de um Ministério Público resolutivo, em que se unem a justiça negocial, os instrumentos extrajudiciais e a projeção do processo judicial futuro. Isso reforça os interesses que o Ministério Público é chamado a tutelar no ordenamento brasileiro; é por esse motivo que conhecer as convenções processuais é essencial não apenas para os atores privados, mas também ao Ministério Público.³⁵¹

Como já tratado no capítulo anterior, as convenções sobre o processo promovem um rearranjo das relações entre direito material e direito processual; trata-se, na verdade, de uma reaproximação, porque, hoje, numa mesma negociação, temos a possibilidade de trocar direito por norma processual. Essa alternância entre norma processual e norma material faz com que direito e processo se entrelacem na negociação de encontrar uma solução, com intensidade nunca observada.³⁵²

Como bem coloca Guilherme Botelho:

O direito fundamental processual síntese e que mesmo assim necessita dos demais para se potencializar é o direito ao processo. É nele que todos os demais atuam; mais do que isso, é ele o garantidor da própria eficácia de todos os demais direitos. Trata-se, portanto, do “[...] requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” Daí, por que, em que pese seja correto afirmar o caráter instrumental do direito processual, é também indubitoso que entre o direito material e o processual existe uma “[...] relação de reciprocidade, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.³⁵³

³⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

³⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 329.

³⁵² CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁵² BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-63.

³⁵³ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-63.

Segue o autor afirmando que “o direito se faz da soma do direito material e do direito processual”³⁵⁴, havendo, conforme José Tesheiner, uma “[...] relação de retroalimentação entre ambos. Cada um é instrumento do outro e servem ambos à regulação da vida social.”³⁵⁵

Essa troca é algo que hoje fica muito evidente; é de muita importância para o próprio Ministério Público, porque há negociações e processos sobre todas as áreas, em muitos órgãos e com atribuições simultâneas para tutelar ações coletivas, criminais e de improbidade, ou seja, o mesmo pretor, muitas vezes, tratará sobre assuntos variados, sendo que o Ministério Público fará tanto a parte pré-processual quanto a processual. Com isso, é importante vislumbrar a possibilidade de analisar o litígio ainda no momento do planejando da negociação.³⁵⁶

Assim, parece possível a aplicabilidade das convenções processuais em ações coletivas. Antes da lei anticorrupção, por exemplo, já se entendia pela realização de termos de ajustamento de conduta em processos administrativos; entretanto, a dificuldade encontra-se quando se pensa no fato de que o processo coletivo é processo plasmado, no qual o interesse público é muito forte e se apresenta um espaço de regramento público mais forte ainda. A partir do momento em que se reconhece a possibilidade de legitimados extraordinários ou substitutos processuais convencionarem regras de processo, não se estaria tolhendo dos verdadeiros titulares do direito material a possibilidade de participarem da negociação, mas sim buscando a melhor forma para tutelar esses interesses.³⁵⁷

Desse modo, se enxerga a grande evolução do próprio processo civil que, hoje, prioriza a resolutividade de mérito da forma mais eficaz possível, concretizando essa efetividade e eficiência através do incentivo à autocomposição entre os sujeitos e, quando da tutela coletiva, os legitimados a representar processualmente esses interesses também estão autorizados à negociação processual.

³⁵⁴ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-63.

³⁵⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 35, n. 110, p. 187-194, jun. 2008. p. 192.

³⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância: admissibilidade, objeto e limite. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 277, p. 47-78, mar. 2018.

O principal objetivo é entender que o CPC/15 “inaugura um novo paradigma na medida em que transforma o modelo processualista através da valorização da vontade das partes, com a permissibilidade para a celebração de convenções processuais por meio da participação ativa dos sujeitos que compõe a relação jurídico processual”.³⁵⁸ De modo que se defende a convenção processual como um instrumento eficaz, sobretudo nas demandas coletivas, que visa a potencializar a proteção dos interesses coletivos, aplicando estratégias emergidas em um amplo procedimento dialógico e democrático.³⁵⁹

³⁵⁸ FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; KNOERR, Fernando Gustavo; MEDEIROS, Marina Marinho Davino de. Negociação processual atípica no âmbito do processo coletivo. *Administração de Empresas em Revista*, Curitiba, v. 4, n. 18, p. 72-88, out/dez. 2019.

³⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. 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, n. 2, p. 118-148, mai/ago. 2018.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Não há ares de novidade na afirmação de que a toda proposta de mudança naquilo já previamente estabelecido não encontra caminho fácil para se concretizar. Normal haver resistência na aplicação de novas normas ou institutos, ainda que facilitadores, por gerar grandes debates acerca dos limites de aplicação e, especialmente, quando aplicados a direitos que fogem da esfera individual. Todavia, entendemos que o processo de mudança não se efetiva de uma vez, mas por aproximações sucessivas, por isso, a pesquisa indicou a relevância de um instituto que oportuniza às partes o ajuste do procedimento processual de acordo com as especificidades do caso, bem como de convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

É nessa toada que as convenções processuais são inseridas no código de processo civil 2015 e, conforme se afirmou ao longo do trabalho, não se trata de inovação, já que sua previsão era vista em códigos de processos civis anteriores. A inovação reside no que concerne à inserção de cláusula geral de negociação disposta no artigo 190 do código de processo civil 2015.

Somente com o Código de Processo Civil de 2015 houve essa abertura para as partes, de fato, autorregrem sua vontade no processo, imponto a ele aquilo que entendem ser mais adequado para tutelar seus direitos. Isso, por meio da construção de um modelo ideal de procedimento, o que deveras se mostra mais afeito à pretendida ideia de democratização processual.

Tudo isso demonstra, por meio do princípio do autorregramento da vontade, ainda que com imposição de limites, que a convenção processual alcança de maneira mais eficaz a resolutividade do mérito, com base em técnicas processuais aplicadas ao caso concreto.

A construção do diálogo e convergência de vontades pelas partes, na convenção processual, faz com que as normas processuais deixem de ser estanques, ofertando a elas maior protagonismo na condução do procedimental. Dessa forma, recai sobre o juiz o papel de apenas controlar a validade dos acordos, diferentemente do que ocorre no modelo de cunho adversarial, em que se observa a ocorrência de nulidades, abusividade ou onerosidade excessiva nos negócios ora realizados.

É nesse sentido que a previsão do instituto no código de processo civil 2015, no que se refere às convenções processuais, produz efeito de protagonista às partes e as afincam nos bastidores da decisão, aprimorando a sua qualidade e indo além do mero pronunciamento do juiz. Portanto, remodela-se, assim, o comportamento dos atores do processo e perpassa a ideia meramente impositiva das normas processuais.

Assim sendo, o instituto proporciona um processo mais consentâneo com o ideal de sociedade democrática e pluralista, ao passo que confere às partes o poder de influência e protagonismo na condução do processo.

O estudo teve como escopo analisar os problemas que envolvem a convencionalidade procedimental na seara do processo coletivo, do momento ideal para a negociação processual, a fim de ponderar a permissibilidade suscitada pela cláusula geral das partes, para que realizem a adaptabilidade processual em direitos que admitam a autocomposição.

Para isso, com as considerações introdutórias acerca das convenções processuais, conceitos, liberdades das partes, os limites e o papel que cada uma desempenha na customização procedimental, entendeu-se que as convenções processuais poderão se operacionalizar em causas que versem sobre direitos transindividuais e na tutela coletiva de direitos, visto que a autocomponibilidade não é sinônimo de indisponibilidade de direito, sendo esses bem mais restritos.

Com isso, entende-se que, mesmo os direitos materialmente indisponíveis, são passíveis de autocomposição, priorizando a autonomia da vontade das partes na medida em que se busca uma tutela mais adequada e efetiva aos direitos voltados à proteção do interesse coletivo.

Essa autonomia ofertada à coletividade, por meio da representatividade adequada de um legitimado extraordinário, permite que a tutela coletiva seja protegida de forma mais ampla e eficaz, uma vez que existe um interesse público bem maior do que naquele que envolve direito individual; nesses casos, de regra, o debate está envolto de maior complexidade.

É de se notar que a convenção processual aplicada como técnica de resolução de conflitos coletivos, pelos legitimados extraordinários, alcança maior eficiência na condução do processo judicial na medida em que utiliza mecanismos de negociação capazes de ampliar a defesa desses interesses. Consequentemente, suprime a ineficiência do procedimento, possibilitando maior celeridade à resolução do conflito.

Dessa forma, o enfrentamento principal do trabalho teve enfoque na possibilidade de realização de convenções processuais nas ações em que se tem por objeto a tutela dos direitos transindividuais; assim, o fato de incidir de forma mais incisiva no interesse público não justificaria a inaplicabilidade do instituto, tampouco, caracterizaria a indisponibilidade do direito processual. Nessa perspectiva, o instituto poderá ser aplicado a ações em que o poder público figura como parte, flexibilizando o procedimento nos mais variados ramos do direito, assim como corroborando a atuação do Ministério Público, especialmente, por meio de compromissos de ajustamento de conduta, para o desenvolvimento de um processo mais eficaz em proveito de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y autodefensa*: Contribución al estudio de los fines del proceso. 3. ed. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2000.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAÚJO, Fabio Caldas. *Curso de processo civil*: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto de CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. cap. 9, p. 139-155.

ARENHART, Sérgio; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ARRUDA, Teresa Alvim Wambier et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil*: parte geral - institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. 1.

ASSUMPÇÃO, Daniel. *Manual de direito processual civil*: Volume único. 10. Salvador: Juspodivm, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídicos*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARREIRO, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. 2.

BOTELHO, Guilherme de Oliveira. Os Poderes Processuais Do Juiz Em Perspectiva Comparada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 483-504, maio 2015.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 148, p. 293-320, jun. 2007. Disponível em:

https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/paula_sarno_braga___teoria_do_fato_juridico_processual.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1738656/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 dez. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=05/12/2019. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO 2865/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 31 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho669290/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg SE 5.206-Espanha*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SE 5206 AgR*. Relator: Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *TPA 1/PE*. Relator: Min. Edson Fachin, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho890119/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BUENO, Cassi Scarpinella. *Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

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

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 541-557.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

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

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância: admissibilidade, objeto e limite. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 277, p. 47-78, mar. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 1-43, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestructura específica para la resolución de conflictos colectivos: las claims resolution facilities y su aplicabilidad en brasil. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, 2019. Disponível em: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2019/04/cabral_Zaneti-entidades_de_infraestructura_espec%C3%ADficapara_la_resolucion.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Nogueira (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 309-338.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215- 243.

CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 93-103.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELETI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law litigation, 89 Harv. L. em. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 268, jun. 2017.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In: DIDIER JR., Fredie. (org.). Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 481-506.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In: DIDIER JR., Fredie. (org.). Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COIMBRA, Rodrigo. Diferenciais da jurisdição trabalhista no âmbito coletivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 955, p. 31-55, maio 2015.

COIMBRA, Rodrigo. *Efetivação dos direitos com objeto difuso*. São Paulo: LTr, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In: DIDIER JR., Fredie (org.). Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. *In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 141-172, nov. 2015.

DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre. v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Conceito de processo jurisdicional coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57. p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em: 6 jan. 2021.

EXPOSIÇÃO de motivos do Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Relatores: Emílio G. Médici, Alfredo Buzaid. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.rafaelcasellipereira.com.br/files/historia/exposicao-de-motivos-codigo-de-processo-civil-1973.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 280, p. 353-375, jun. 2018.

FRED Didier pede uma chance para a cultura da paz em sua conferência no CNPE 2018. *APEB*, Salvador, 20 set. 2018. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/noticias1.asp?reg=512>. Acesso em: 7 jan. 2021

FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; KNOERR, Fernando Gustavo; MEDEIROS, Marina Marinho Davino de. Negociação processual atípica no âmbito do processo coletivo. *Administração de Empresas em Revista*, Curitiba, v. 4, n. 18, p. 72-88, out/dez. 2019.

GAIO JR., Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 43-73, maio 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 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 *et al.* *Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

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. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

GODINHO, Robson Renault. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>. Acesso em: 20 maio 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 91. p. 71-92, set./out. 2014.

GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JOLOWICZ, J. A. Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 52, n. 2, p. 281-295, Apr. 2003.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo. Autorregramento da vontade: um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25357>. Acesso em: 5 jan. 2021.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 5.

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, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da ESMESE*, Aracajú, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA José Henrique (coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano eficácia*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; MEIRELLES, Delton R.S. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a administração pública. *In: I ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 18., 2009, Maringá. *Anais [...]*. Maringá: Fundação Boiteux, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3.

MITIDIERO, Daniel. Diálogo das fontes de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. *In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1966.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991.

MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. t. 2.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, [2004]. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 21 fev. 2021.

OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 349-370, jun. 2016.

OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, maio/ago. 2020.

OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunção*. Salvador: Juspodivm, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. 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, n. 2, p. 118-148, mai/ago. 2018.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra: Coimbra, 1982.

RETES, Tiago A. Leite. Recursos e convenções processuais: entre efetividade e garantias processuais. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Nogueira (org.). Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALLES, Carlo Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos. A coisa julgada no processo coletivo. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2. p. 253-263, jul./dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. *In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. (coord.). Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programa de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, [s. l.], 21 out. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em: 12 maio 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=30. Acesso em 12 jun. 2020.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e Constituição: Considerações sobre a Autocomposição de Conflitos no Novo Código de Processo Civil. *In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 254. p. 91-109, abr. 2016.

TEPPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição: estudos de direitos individuais e coletivos*. Porto Alegre: Magister, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 35, n. 110, p. 187-194, jun. 2008.

TESHEINER, José Maria. *Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos Stricto sensu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 6. p. 401-465.

ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o novo Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br