

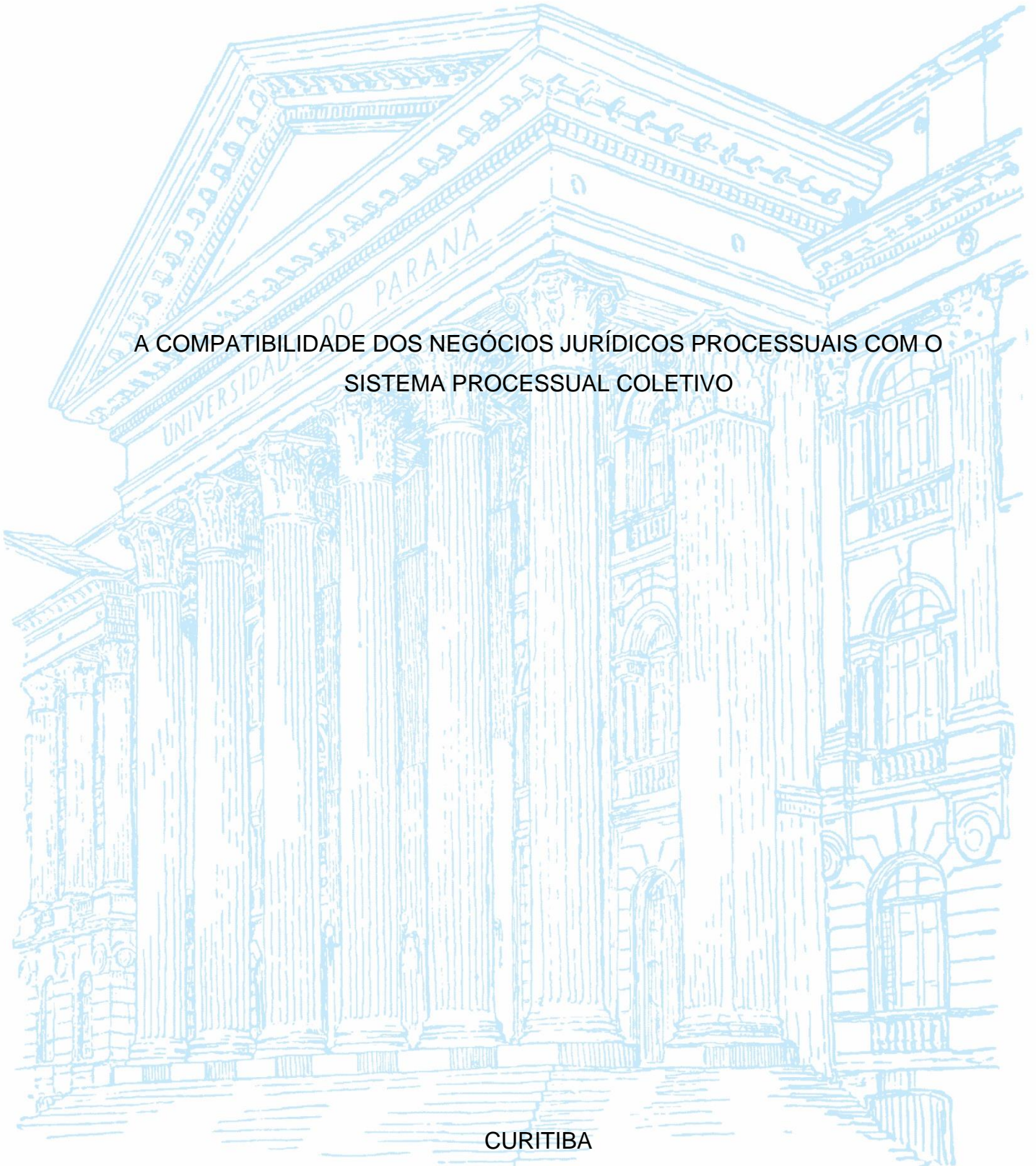
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO ALBINO PEREIRA

A COMPATIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COM O  
SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

CURITIBA

2019



PEDRO ALBINO PEREIRA

A COMPATIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COM O  
SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA

2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO ALBINO PEREIRA

### A COMPATIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COM O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

---

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Orientador – Departamento de Direito Civil e Processual Civil – UFPR

---

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Departamento de Direito Civil e Processual Civil - UFPR

---

Prof. Dr. Paulo Osternack Amaral

Professor de Direito Processual Civil e Arbitragem no Instituto de Direito  
Romeu Felipe Bacellar

Cidade, 22 de novembro de 2019.

## RESUMO

A presente pesquisa visa identificar a compatibilidade da ampla autorização para celebração de convenções processuais promovida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil com as bases do modelo jurídico desenhado para a promoção da tutela coletiva. Na tutela coletiva há uma dissociação entre titulares dos direitos e legitimados para sua defesa em juízo, que implica na indisponibilidade dos direitos materiais e exige uma atuação exemplar do legitimado. Com base nisso, buscamos contrapor as características da tutela coletiva com os pressupostos de admissibilidade das convenções processuais a fim de verificar sua compatibilidade, especialmente considerando a indisponibilidade dos direitos coletivos (*lato sensu*), a legitimação coletiva, bem como a extensão do controle judicial sobre as convenções processuais. Chegamos à conclusão de que as peculiaridades da tutela coletiva impõem determinadas condições adicionais de admissibilidade, como a verificação concreta da adequação de representatividade do legitimado, além de uma análise dos resultados da convenção processual em termos de vantagens à tutela do direito material coletivo. O controle judicial não pode se basear em um juízo de oportunidade acerca das convenções processuais, devendo demonstrar a inidoneidade do legitimado ou o manifesto prejuízo aos direitos materiais, atingidos reflexamente pela convenção processual.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais 1. Processo coletivo 2. Legitimação coletiva 3. Representatividade adequada 4. Direitos transindividuais e indivisíveis 5.

## ABSTRACT

This research aims to identify the compatibility of the broad authorization to the designing of procedural agreements promoted by article 190 of the Civil Procedure Code with the bases of the legal model minded for the protection of group rights. In the *class action* there is a dissociation between right-holders and the entities who representants they in court, which implies the unavailability of the rights and requires an exemplary action of the representant. Based on this, we aimed to contrast the characteristics of group rights protection procedure law with the conditions of admissibility of procedural conventions in order to verify their compatibility, especially considering the unavailability of collective rights, the *class representation* aspects, as well as the extent of judicial control over the procedural conventions. We reached to the conclusion that the peculiarities of group rights protection result in some additional conditions of admissibility, such as the concrete verification of the adequacy of representation and an analysis of the results of the procedural convention in terms of advantages to the protection of collective material rights. Judicial control cannot be based on a convenience opinion about the procedural conventions, but on the proof of the inadequate representation or on the manifest prejudice to group rights, reflexively affected by the procedural convention.

Keywords: Procedural agreements 1. Brazilian *class actions* 2. Collective standing 3. Adequacy of representation 4. Transindividual and indivisible rights 5.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2 NEGÓCIOS JURÍDICOS</b> .....	<b>8</b>
2.1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS .....	9
2.1.1 A convenção como determinante dos efeitos processuais pretendidos .....	11
2.1.2 O controle e a observância judicial das convenções processuais .....	13
2.2 PRESSUPOSTOS PARA A VALIDADE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL.....	14
2.2.1 Legitimidade <i>ad actum</i> .....	15
2.2.1.1 Aspectos gerais da legitimidade <i>ad actum</i> para a celebração de convenções processuais .....	17
2.2.2 Disponibilidade sobre situações processuais e sobre o procedimento: o critério da autocomposição .....	18
<b>3 O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO</b> .....	<b>21</b>
3.1 OS DIREITOS TUTELÁVEIS PELA VIA COLETIVA.....	23
3.1.1 Direitos difusos.....	25
3.1.2 Direitos coletivos .....	25
3.1.3 Direitos individuais homogêneos.....	26
<b>4 COMPATIBILIDADE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COM O SISTEMA DE TUTELA COLETIVA</b> .....	<b>29</b>
4.1 A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS MATERIAS E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS VOLTADAS PARA A SUA TUTELA .....	31
4.2 O PRESSUPOSTO DA ADMISSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO DOS DIREITOS E A NEGOCIABILIDADE SOBRE O PROCESSO PELO LEGITIMADO COLETIVO .....	36
4.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE <i>AD CAUSAM</i> NO PROCESSO VOLTADO À TUTELA COLETIVA.....	38
4.3.1 A representatividade adequada e a legitimidade <i>ad actum</i> para a celebração de “convenções processuais coletivas” .....	42
4.4 CONTROLE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL PELO JUIZ E FISCALIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	44
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os meios de composição de controvérsias vêm sendo muito estudados na atualidade, haja vista uma mudança cultural pautada no estímulo de práticas baseadas na consensualidade, produto de um amadurecimento das democracias constitucionais. Cada vez mais se constata, de forma pragmática, que cada controvérsia específica pode ser melhor solucionada através de um meio de solução adequado, isto é, que melhor corresponda às suas peculiaridades, sendo a via judicial uma das possibilidades do que se convencionou chamar de “Justiça Multiportas”.<sup>1</sup>

Assim, uma nova visão do Acesso à Justiça deve considerar as fórmulas capazes de satisfazer os interesses daqueles envolvidos em uma controvérsia, desenvolvidas segundo metodologias distintas. Algumas dessas modalidades atendem às necessidades humanas com maior amplitude do que uma solução imposta por terceiro, calcado tão somente em normas jurídicas e num recorte muito restrito da situação fática: a mediação e a negociação, por exemplo, permitem a identificação de interesses implícitos das pessoas envolvidas, para além das posições inicialmente afirmadas, pelo que se pode alcançar uma solução criativa mais satisfativa aos anseios pessoais das partes, através de um acordo que possibilite a identificação das razões das partes, concluído por um processo de comunicação e convencimento pautado na boa-fé e em critérios objetivos de legitimidade.

Nesse sentido se orientou a nova principiologia estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, que muito estimula a cooperação e a solução consensual, mesmo no curso do iter processual. A admissão da convencionalidade no âmbito processual apresenta vantagens explícitas, ínsitas ao próprio exercício negocial, desde que desenvolvido conforme uma metodologia idônea<sup>2</sup>. A negociação, presente em todas

---

<sup>1</sup> “A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 334.

<sup>2</sup> Pela importância que a negociação tem na contemporaneidade – na vida pessoal, na política, no comércio etc. – a faculdade de Harvard mantém o “*Program on Negotiation*”, aferível no <https://www.pon.harvard.edu/> (último acesso em 05.09.2019), no qual aprofunda os estudos sobre a metodologia negocial. Descrevem os objetivos do método os professores **Roger Fisher, William L. Ury e Bruce Patton**: “There is a third way to negotiate, a way neither hard nor soft, but rather both hard *and* soft. The method of *principled negotiation* developed at the Harvard Negotiation Project is to decide issues on their merits rather than through a haggling process focused on what each side says it will and won't do. It suggests that you look for mutual gains whenever is possible, and that where your interests conflict, you should insist that the result be based on some fair standards

as relações sociais, desde as mais básicas até as mais complexas, constitui uma habilidade humana fundamental, cujo desenvolvimento privilegia soluções responsáveis e de qualidade.

Tendo em vista que a finalidade do direito fundamental de ação está voltada à adequada proteção dos direitos e interesses levados a juízo, não há como se negar aprioristicamente a negociação no campo processual, porquanto funciona como instrumento facilitador para o atendimento daquela finalidade constitucional. Da mesma forma como a atividade jurisdicional, a negociação também comporta riscos inerentes à falibilidade humana, que devem ser reduzidos pela utilização de mecanismos jurídicos de controle da validade das convenções.

Também é de levar em consideração que a cognição judicial é limitada, circunscrevendo a solução do problema, muitas vezes complexo, àquilo que é afirmado pelas partes em juízo e pelas provas produzidas. Com a inserção da negociação no âmbito processual, possibilita-se uma expansão do panorama fático do conflito, facilitando a adequação procedimental às exigências específicas de um determinado litígio.

Assim, considerando que as convenções processuais representam uma ampliação dos instrumentos postos à disposição da sociedade para a efetividade dos direitos, inclusive daqueles transindividuais, cuja relevância social afigura-se patente, entendemos fundamental o estudo de sua compatibilidade com o microsistema processual para a tutela coletiva. Objetivaremos realizar uma análise geral considerando as principais peculiaridades do processo coletivo em relação aos requisitos de validade das convenções processuais, especialmente as questões decorrentes do fenômeno normativo de dissociação entre os titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e os legitimados para ativamente buscarem sua proteção jurídica.

---

independent of the will of either side. The method of principled negotiation is hard on the merits, soft on the people. It employs no tricks and no posturing. Principled negotiation shows you how to obtain what you are entitled to and still be decent. It enables you to be fair while protecting you against those who would take advantage of your fairness” (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes**: negotiating agreement without giving in. 3. ed. (e-book). New York: Penguin Books, 2011, introdução, sem paginação).

## 2 NEGÓCIOS JURÍDICOS

Buscaremos, inicialmente, precisar o conceito dos negócios jurídicos processuais admitidos pelos artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil, pois servirá de base para as demais problemáticas levantadas no desenvolvimento da pesquisa.

O art. 190 do Código de Processo Civil, como analisado pela doutrina, inaugura a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos no direito brasileiro, não se olvidando que, há muito (ainda na vigência do código anterior), são admitidas determinadas espécies tipificadas, como a conhecida cláusula de eleição de foro, que modifica regras de competência territorial relativa<sup>3</sup>.

Analicamente, o negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico. Um fato adquire relevância para o direito quando previsto no suporte fático abstrato da norma: verificada sua ocorrência, sucede o fenômeno da incidência, através do qual produz efeitos jurídicos. MARCOS BERNARDES DE MELLO esclarece questões fundamentais para a compreensão do fato jurídico:

A norma jurídica somente tem o efeito de incidir sobre seu suporte fático. Pela incidência, o suporte fático, ou parte dele, entra no mundo jurídico, porque, juridicizado, se transforma em fato jurídico. A norma jurídica, entretanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é quem define qual a eficácia que terá o fato jurídico. Os efeitos do fato jurídico são, assim, os atribuídos pela lei. Se a norma jurídica prescreve certo efeito, nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo. Se a lei nega a certo fato jurídico determinado efeito, a ninguém é dado o poder de considera-lo possível de ocorrer. <sup>4</sup>

Por conter no suporte fático uma manifestação de vontade, é uma espécie no gênero dos atos jurídicos *lato sensu*, ao lado do ato jurídico *stricto sensu*. No ato jurídico *stricto sensu*, as consequências jurídicas estão previamente definidas na norma, restando reduzido o elemento volitivo à prática ou não do ato que as gerará. Por outro lado, através do negócio jurídico, além da referida escolha, o agente também

---

<sup>3</sup> TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu. nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 12 nov. 2018, p. 2-3.

<sup>4</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 172.

tem a possibilidade de voluntariamente definir, em alguma medida, os próprios efeitos jurídicos decorrentes da manifestação de vontade.

Baseando-se, portanto, na teoria do fato jurídico que desenvolveu, MARCOS BERNARDES DE MELLO elaborou seu conceito de negócio jurídico:

Considerados os fundamentos expostos, podemos concluir que *negócio jurídico* é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.<sup>5</sup>

Importante destacar, portanto, que a característica fundamental dos negócios jurídicos em geral reside na possibilidade, conferida normativamente, dos sujeitos delinearem voluntariamente aspectos próprios à eficácia jurídica decorrente de sua manifestação de vontade (suporte fático).

Assim, através do conceito de negócio jurídico, podemos concluir que há uma autorização concedida pelo ordenamento jurídico aos sujeitos para que determinem, dentro de certos limites, os contornos da situação jurídica formada. Isso é importante para que divisemos quais atos das partes, ainda que consensuais, constituem verdadeiramente negócios jurídicos, a fim de verificar sua compatibilidade com o sistema processual coletivo.

## 2.1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O conceito de negócio jurídico pode ser transposto para o plano processual, desde que consideradas peculiaridades próprias do regime público do direito processual.<sup>6</sup> Assim, temos que “negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica”.<sup>7</sup> Podem ser constituídos através da manifestação de vontade de um sujeito (classificado como unilateral, quanto à formação) ou pela união de vontade manifestada por dois ou mais sujeitos (denominado como plurilateral).

---

<sup>5</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 184.

<sup>6</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 47.

<sup>7</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 52.

Concentraremos o estudo nos negócios plurilaterais (também denominados de acordos ou convenções processuais<sup>8</sup>) tendo em vista a autorização de celebração de acordos atípicos no campo processual e o papel fundamental da convencionalidade nas relações sociais.

No desenvolvimento teórico do instituto, vários critérios foram adotados para se qualificar um ato como processual, mas nem sempre suficientes para explicar a totalidade dos acordos processuais ou lhes conferir tratamento adequado.<sup>9</sup> Por conta disso, o critério adotado para a qualificação de uma convenção como processual será o dos efeitos visados pelo acordo, segundo o qual “relevante é a *aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo*, ou sua *referibilidade* a um processo, atual ou potencial”.<sup>10</sup>

O critério dos efeitos decorrentes da manifestação de vontade apresenta respostas ao problema do tratamento jurídico que deve ser dispensado aos acordos celebrados antes da existência de qualquer processo, mas que tem por finalidade modificar algum aspecto que surgirá com a sua instauração, ou até mesmo preveni-lo (como acontece, por exemplo, com os pactos que preveem tentativa prévia de solução consensual).

De acordo com o disposto no art. 190 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, as partes podem alterar a estrutura do procedimento para que atenda às exigências concretas da controvérsia, e convencionarem sobre situações processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais), antes ou durante o processo. Assim, a doutrina

---

<sup>8</sup> Os termos convenção e acordo são utilizados por ANTONIO DO PASSO CABRAL para se referir aos negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais, porquanto inequívocos e abrangentes, significando “união de vontades quanto ao escopo do ato praticado” (**Convenções processuais**, 2018, p. 59 – 61).

<sup>9</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 63-66. O critério do *locus* da prática do ato, que considera como processual quando o ato está inserido no processo, não explica o compromisso arbitral, por exemplo; o critério *subjetivo* considera que os atos processuais são aqueles celebrados pelos *sujeitos* do processo, também não explica adequadamente os acordos pré-processuais, especialmente se considerarmos que existe a possibilidade de o processo sequer ser instaurado futuramente.

<sup>10</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 68.

<sup>11</sup> “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

distingue aqueles acordos voltados à modificação do procedimento (denominados acordos dispositivos), daqueles que versam sobre situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais): os primeiros objetivam a derrogação de normas relativas ao procedimento; os segundos incidem sobre prerrogativas processuais, referindo-se a obrigações de que partes se comportem, no processo, conforme estipulado na convenção.<sup>12</sup>

### 2.1.1 A convenção como determinante dos efeitos processuais pretendidos

A conjugação do disposto no art. 190 com o art. 200 do Código de Processo Civil conduz à conclusão de que a lógica dos negócios jurídicos, abordada anteriormente, foi legalmente autorizada no processo. Isso significa a suficiência do consentimento das partes para a produção imediata dos efeitos jurídicos pretendidos.<sup>13</sup>

Quanto ao ponto, relevante para a distinção dos fenômenos processuais e o respectivo tratamento jurídico (principalmente quanto à questão da cognição judicial sobre os acordos processuais), CABRAL destaca a classificação elaborada por Goldschmidt entre *atos estimulantes* e *atos determinantes*: os atos estimulantes seriam aqueles que dependem de outros sujeitos para alcançar o resultado almejado, como o requerimento, que é dependente de deferimento judicial; por outro lado, os atos determinantes são aqueles que produzem, por si só, os efeitos jurídicos visados, sem necessidade de intervenção de terceiros.<sup>14</sup> Em termos de controle de admissibilidade das convenções, CABRAL destaca o porquê da necessidade de se considerar essa classificação:

As consequências dessa qualificação são várias. De um lado, nos atos determinantes, o magistrado não analisa a admissibilidade do negócio processual *a priori*, exercendo controle apenas *a posteriori*. Por outro lado, o juiz também não tem o poder de apreciar a conveniência do acordo, limitando-

---

<sup>12</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 79-81.

<sup>13</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 69.

<sup>14</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 70-71.

se a um exame de validade porque vinculado ao que foi deliberado pelas partes.<sup>15</sup>

Considerando-se que os negócios jurídicos processuais são atos determinantes, exercidos em função de habilitação normativa, os efeitos da manifestação de vontade adentram o mundo jurídico independentemente de prestação jurisdicional. Há situações, entretanto, em que a lei exige, expressamente, controle prévio das convenções processuais, funcionando a homologação judicial como “*condição de eficácia* do negócio jurídico celebrado pelas partes”.<sup>16</sup> Todavia, mesmo assim não se confundem com os “atos conjuntos”, que são manifestações consensuais de vontade das partes incapazes de constituir vínculo convencional, porquanto dependentes de deferimento do juiz.<sup>17</sup> Vale dizer: nos atos conjuntos, não há autonomia das partes para a definição dos procedimentos e situações processuais pretendidas, que direcionam ao juiz requerimento consensual, mediante o exercício de situações processuais unilaterais, estimulando a prestação jurisdicional.<sup>18</sup>

Para CABRAL<sup>19</sup>, a imparcialidade do juiz (ausência de interesse próprio na solução da controvérsia) impede que este possa celebrar negócios jurídicos processuais, além de não deter liberdade negocial, porquanto sempre atua, em maior ou menor grau, de forma vinculada à lei: a vontade do juiz, para produzir efeitos, não é livre, mas autoritativa, não representando autonomia ou liberdade negocial. Ademais, assevera que a posição de controlador da validade do acordo seria incompatível com a de partícipe. Assim, CABRAL<sup>20</sup> descarta que, nos atos conjuntos (como o calendário processual e o saneamento compartilhado), voltados a estimular o deferimento judicial, haja negociação por parte do juiz, ou funcione ele como codeclarante de negócio jurídico.

---

<sup>15</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 71.

<sup>16</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 264-265. Conforme o autor, quando a lei estabelece a necessidade de homologação prévia, há uma restrição maior à eficácia das convenções processuais, movida pela presença maior do interesse público que conduziu à previsão legislativa de sua maior supervisão, mas não há participação do juiz enquanto codeclarante.

<sup>17</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 75.

<sup>18</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 75.

<sup>19</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 251-255.

<sup>20</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 255

Com base nessas considerações, CABRAL chega ao conceito de convenção processual, o qual adotaremos nas considerações objeto desta pesquisa:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.<sup>21</sup>

Deve a precisão do conceito de convenção processual guiar a análise de sua compatibilidade no processo coletivo, especialmente em razão da complexidade do controle judicial referente à presença dos respectivos requisitos de validade. Isso porque, apesar da possibilidade de resolução de questões transindividuais através da autocomposição (v.g., o compromisso de ajustamento de conduta), a “disponibilidade” da pretensão de tutela jurisdicional<sup>22</sup> é condicionada ao adequado tratamento do bem jurídico de titularidade transindividual.

### 2.1.2 O controle e a observância judicial das convenções processuais

O acordo processual, apesar de não ter o juiz como codeclarante, deve ser por ele observado:

Trata-se de *heterolimitação* da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o *dever de aplicar a norma convencional*, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir.<sup>23</sup>

Um ponto sensível tangencia as prerrogativas do juiz, que não podem ser objeto de disposição das partes:

---

<sup>21</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 74.

<sup>22</sup> Nas convenções processuais, como ressaltado por EDUARDO TALAMINI, a exigência de disponibilidade não recai sobre o direito material, mas sobre a pretensão de tutela jurisdicional: “na arbitragem não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito. O objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela judicial. É um negócio processual, e não substancial. Logo, o pressuposto de disponibilidade está igualmente no plano processual” (**A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo. vol. 264. ano 42. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017, p. 97.

<sup>23</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 256.

Por outro lado, as partes não podem, através de convenções processuais, dispor sobre prerrogativas do juiz. Toda vez que ao magistrado forem atribuídas iniciativas *independentes* da atuação das partes, o juiz poderá atuar, a despeito de também ter o dever de dar cumprimento à convenção das partes. Mas se os poderes do juiz forem subordinados pelo agir das partes, é possível que o exercício da autonomia, por meio dos acordos, reduza ou impeça a atuação judicial. Na esfera dos acordos probatórios, essa discussão é muito candente. A depender da visão que se tenha sobre os poderes probatórios do juiz (se são autônomos ou subsidiários em relação à iniciativa das partes), pode-se chegar a conclusões diversas.<sup>24</sup>

Desse modo, existente *acordo dispositivo*, que derroga regra legal sobre o procedimento, deve o juiz aplicá-lo, desde que válido, pois institui norma jurídica admitida pelo ordenamento. Em se tratando de *acordo obrigacional*, o juiz também deverá adotar medidas para fazer com que seja cumprido e atinja o resultado almejado pelas partes.<sup>25</sup>

Quanto à questão da cognoscibilidade dos acordos processuais, CABRAL ressalta a existência de polêmicas na doutrina estrangeira, mas se posiciona afirmando que o juiz, como regra geral, deve conhecer de ofício os *acordos dispositivos* (por conta da vinculação do juiz ao direito objetivo) e mediante requerimento os *acordos obrigacionais* (porquanto persiste a possibilidade de as partes renunciarem à aplicação da norma convencional).<sup>26</sup>

O papel conferido ao juiz pelo ordenamento jurídico, em relação às convenções processuais, é desenvolvido e projetado em três momentos: **i)** em um primeiro momento, assume o magistrado a função de incentivar meios consensuais de composição dos litígios, inclusive as convenções processuais, conforme a principiologia do Código de Processo Civil; **ii)** após, deve realizar a complexa incumbência de controlar a validade dos acordos processuais; e **iii)** por fim, cumpre-lhe adotar medidas para garantir a efetividade do acordo processual válido.

## 2.2 PRESSUPOSTOS PARA A VALIDADE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL

---

<sup>24</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 256.

<sup>25</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 271.

<sup>26</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 275-278.

Aplicam-se às convenções processuais o regime geral de validade dos negócios jurídicos. Os requisitos estabelecidos no art. 104 do Código Civil são: “agente capaz”; “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”; e “forma prescrita ou não defesa em lei”. O art. 166 do Código Civil, que trata das hipóteses de nulidade dos negócios jurídicos, também tem aplicabilidade para as convenções processuais.

Para além disso, há de se observar requisitos adicionais peculiares à relação jurídica processual. O art. 190 do Código de Processo Civil aponta para pressupostos gerais das convenções processuais: a possibilidade de autocomposição e plena capacidade das partes (projetada em seu plano processual, como capacidade de ser parte e de estar em juízo). Doutrinariamente, destaca-se ainda o requisito da legitimidade *ad actum* e o problema da extensão dos limites da “disponibilidade” sobre o processo.

Em síntese, para a validade das convenções processuais, os *requisitos subjetivos* são a i) capacidade de ser parte e de estar em juízo e ii) a legitimidade *ad actum*. Os *requisitos objetivos* são a i) os direitos materiais afirmados em juízo serem passíveis de autocomposição e ii) objeto lícito, possível e determinável.

O problema da validade dos negócios jurídicos em geral, e dos processuais em específico<sup>27</sup>, já foi objeto de investigação doutrinária mais aprofundada. Para os fins desse trabalho, abordaremos mais detidamente aqueles com maiores discussões no campo processual, especialmente no que concerne à sua compatibilidade com o microsistema processual coletivo (a legitimidade *ad actum* e a questão da autocomposição).

### 2.2.1 Legitimidade *ad actum*

Para compreender o fenômeno da legitimação, partimos da lição de BARBOSA MOREIRA, segundo a qual a legitimação deriva de um “esquema subjetivo abstrato” legalmente criado e composto por situações jurídicas subjetivas (ativa e

---

<sup>27</sup> Em relação aos requisitos de validade das convenções processuais em específico, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções procesuais**, pp. 283-390 e TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 12 nov. 2018.

passiva), fundamental para se inaugurar o contraditório.<sup>28</sup> O fenômeno da legitimação, assim, conformar-se-ia com a coincidência entre o sujeito que postula em juízo e a “situação legitimante” definida pelo sistema normativo como requisito para a formação do contraditório no processo.<sup>29</sup>

A legitimidade, desde sua origem, no desenvolvimento das “condições da ação”, constituiu um “filtro subjetivo” para o poder jurídico da atuação judicial, baseando-se no direito material, criando restrição objetiva para a propositura da demanda já num momento teórico de abstração da ação.<sup>30</sup> Com o aprofundamento dos estudos a respeito da legitimidade extraordinária, entretanto, diferentes construções teóricas passaram a tratar do fenômeno da legitimidade. Nesse sentido, a doutrina alemã separou em grande medida as “condições da ação” do direito material, “tratando o interesse dentro dos pressupostos processuais e a legitimidade extraordinária como um direito autônomo de condução do processo”.<sup>31</sup>

CABRAL, diversamente, entende que não se pode desconsiderar totalmente os aspectos do direito material subjacentes ao processo, mas a utilidade do filtro subjetivo da legitimidade depende de uma análise atos processuais isoladamente:

Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido. Se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*).<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista do Ministério Público Edição Comemorativa. Rio de Janeiro, 2015, p. 1137.

<sup>29</sup> “Denomina-se *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista do Ministério Público Edição Comemorativa. Rio de Janeiro, 2015, p. 1137.

<sup>30</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”**: sobre a migração entre polos da demanda. Custos Legis (Revista Eletrônica do Ministério Público Federal). Ano 1. Número 1. 2009, p. 4.

<sup>31</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”**: sobre a migração entre polos da demanda. Custos Legis (Revista Eletrônica do Ministério Público Federal). Ano 1. Número 1. 2009, p. 6.

<sup>32</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”**: sobre a migração entre polos da demanda. Custos Legis (Revista Eletrônica do Ministério Público Federal). Ano 1. Número 1. 2009, p. 7.

A categoria da legitimidade *ad actum* é apropriada para a verificação da validade das convenções processuais coletivas, vez que a legitimidade extraordinária envolve a discussão da *representatividade adequada*, mais complexa para o ato específico de disposição de situações processuais e de alteração do procedimento em razão da necessidade de uma tutela adequada dos direitos materiais transindividuais não titularizados pelo ente abstratamente legitimado.

As implicações da dissociação entre a titularidade da “situação legitimante” que permite a postulação em juízo e a prática de atos processuais (especialmente a legitimidade *ad actum* para a celebração de convenção processual) e a titularidade do direito material afirmado em juízo serão objeto de considerações em tópicos específicos.

#### 2.2.1.1 Aspectos gerais da legitimidade *ad actum* para a celebração de convenções processuais

A imprescindibilidade de se determinar os limites da legitimidade *ad actum* decorre da constatação de que “todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual, ou ao menos daquele que se lhe afirma titular”.<sup>33</sup> Assim, existem uma série de preceitos normativos e situações jurídicas que estão fora da esfera de negociabilidade das partes pela simples razão de estas não estarem autorizadas a invadir situações jurídicas que são titularizadas por terceiros.<sup>34</sup>

Determinadas matérias, assim, não podem ser modificadas pelas partes. CABRAL alude à publicidade do processo, à vinculação dos precedentes, às custas processuais, aos poderes do juiz, entre outros exemplos.<sup>35</sup> Explica o autor, quanto aos poderes do juiz, que estes apenas podem ser afetados pela convenção processual “como consequência da disposição sobre situações jurídicas titularizadas pelas próprias partes”.<sup>36</sup> Ademais, não podem as partes, mediante convenção processual,

---

<sup>33</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 305.

<sup>34</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 306.

<sup>35</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 306-307.

<sup>36</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 307.

modificar o procedimento de tal forma a inviabilizar o andamento do processo pela estrutura do Judiciário.<sup>37</sup>

### 2.2.2 Disponibilidade sobre situações processuais e sobre o procedimento: o critério da autocomposição

Abordaremos aqui a problemática da licitude do objeto da convenção processual a partir de diferentes ângulos, buscando identificar a racionalidade de “requisitos” muitas vezes impostos à convencionalidade processual.

O art. 190 do Código de Processo Civil estabelece, como pressuposto objetivo para a celebração de convenções processuais em geral, versar o processo “sobre direitos que admitam autocomposição”. Refere-se a autocomposição para qualificar todas as formas de resolução de controvérsias em que as próprias partes, com ou sem o auxílio de terceiros, chegam consensualmente (através de um campo muito amplo de possibilidades) a uma conclusão para a disputa. Ou seja, a escolha das partes é suficiente para se pôr fim ao conflito, não havendo necessidade de que um terceiro (como o órgão judiciário ou o árbitro) imponha uma decisão.<sup>38</sup>

Para uma apropriada compreensão do requisito da possibilidade de autocomposição dos direitos, partimos da diferença apontada por TALAMINI<sup>39</sup> entre **i)** indisponibilidade do direito material e **ii)** “indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal” (tomando-se, nos dois casos, o termo indisponibilidade como “impossibilidade de renúncia, abdicação, a uma posição jurídica”). Quando incidente sobre o próprio direito material, a indisponibilidade representa “vedação à renúncia de um direito existente”. A indisponibilidade que recai sobre a pretensão à tutela

---

<sup>37</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 308-309.

<sup>38</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 334.

<sup>39</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo. vol. 264. ano 42. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017, pp. 83-99. O autor parte, para elaborar sua definição de indisponibilidade da pretensão de tutela judicial, da “insuperável formulação de Chiovenda, no sentido de que *o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito*”, de forma que a constatação, pela parte, de que não tem razão naquilo que sustenta, possibilita que resolva o conflito pela autocomposição. Esse entendimento, conforme explica, é aplicável às controvérsias com a Administração Pública, pois esta tem o dever de observar a legalidade e o direito da contraparte, não havendo interesse público em se sustentar, via alegações, um direito sabidamente inexistente.

jurisdicional estatal, por outro lado, é mais excepcional e complexa, pois significa a obrigatoriedade da intervenção jurisdicional na definição de quem tem razão e na aplicação das respectivas consequências jurídicas.

O requisito da possibilidade de autocomposição, assim, está ligado a um juízo de disponibilidade da pretensão de tutela judicial (obrigatoriedade ou não de intervenção jurisdicional para a resolução do conflito). Com a autocomposição (solução consensual) as partes abdicam da possibilidade de submeter a controvérsia ao Poder Judiciário, seja porque fizeram um exercício pragmático de custo/benefício (inclusive naquilo que diz respeito à efetividade do direito), seja porque houve reconhecimento, pelas partes, de que não tinham razão naquilo em parcelas daquilo que alegavam ou exigiam.

A lógica do legislador, para eleger a possibilidade de autocomposição como pressuposto geral de negociabilidade processual, aparentemente se orientou nesse sentido: sendo dispensável ao sujeito provocar a jurisdição para resolver a controvérsia, podendo fazê-lo consensualmente, também terá a prerrogativa de convencionar sobre situações processuais e sobre o procedimento. Por outro lado, TALAMINI<sup>40</sup> aponta que o pressuposto da autocomposição não se mostra razoável para as convenções processuais que visam, tão somente, alterar aspecto puramente procedimental, vez que não implicam “nenhum afastamento significativo do modelo processual judiciário”.

De qualquer forma, a simples referência à admissão de autocomposição não apresenta resposta acabada para a investigação da licitude do objeto das convenções, pois remete à complexa questão dos parâmetros a serem utilizados para determinar uma hipótese de obrigatoriedade de intervenção judicial e seu respectivo fundamento jurídico específico. Vale dizer: *a admissão de autocomposição é apenas uma manifestação inequívoca da disponibilidade sobre a pretensão à tutela jurisdicional, ainda não havendo clareza jurídica quanto aos elementos determinantes da obrigatoriedade da intervenção jurisdicional.*

Apesar da situação de dúvida objetiva a respeito dos elementos que determinam a intervenção judicial, ela não pode constituir óbice à admissão de

---

<sup>40</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 12 nov. 2018, p. 10.

negócios jurídicos processuais. Destaca CABRAL que processo civil é orientado pelo equilíbrio entre a atuação legítima das partes e os poderes do juiz, havendo, todavia, uma expressão de preferência normativa pela convencionalidade, pautada nos princípios dispositivo e do debate, e sustentada pela literalidade do parágrafo único do art. 190.<sup>41</sup> Nesse sentido, CABRAL defende que “assiste razão a Schlosser quando extrai da autonomia das partes no processo a máxima *in dubio pro libertate*, uma pressuposição em favor da liberdade de conformação do procedimento à vontade das partes”.<sup>42</sup>

Reconduzimos, assim, o problema da possibilidade de convenções processuais atípicas (especialmente aquelas que modificam situações jurídicas processuais) à *disponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional*, que, conforme sustenta TALAMINI, representa princípio geral, inclusive no âmbito das relações de direito público, sendo limitada apenas excepcionalmente pelo ordenamento jurídico.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 162.

<sup>42</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 162.

<sup>43</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**. consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo. vol. 264. ano 42. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017, p. 87-88.

### 3 O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Inicialmente, a doutrina enfrentou alguma dificuldade na categorização jurídica dos interesses relevantes a agrupamentos humanos, vez que não se encaixavam no tradicional conceito dos *direitos subjetivos*<sup>44</sup>, únicos até então reconhecidamente protegidos pela ordem jurídica em razão do contexto histórico do Estado Liberal de Direito pós-revolução Francesa. Todavia, tendo em vista a centralidade que a dignidade da pessoa humana assumiu, consolidada como princípio fundamental da República (art. 1º, III, CRFB/88), bem como a solidariedade e preocupação com as gerações atuais e futuras, vários bem jurídicos relevantes para o conjunto social foram expressamente resguardados pela ordem constitucional, pelo que têm caráter inegavelmente jurídico.

Temos, portanto, categorias de direitos reconhecidas pela ordem jurídica que são pertinentes à vida em sociedade e aos interesses gerais das pessoas (como o correto funcionamento das instituições, a lisura da administração pública, a manutenção da concorrência no mercado, a segurança do consumo, a sustentabilidade ambiental etc.).

Dada a positivação normativa dos interesses transindividuais, não há como se negar que constituem uma nova modalidade de direitos, pelo que demandam tutela efetiva e adequada. A sua observância deve ser perseguida por aqueles legitimados à sua defesa, tendo em vista o princípio consolidado e desenvolvido a partir do inciso XXXV da Constituição da República, que garante o direito à resposta jurisdicional perante lesão ou ameaça a direito. Assim, para fins de tutela dos direitos transindividuais, a terminologia adotada (interesses ou direitos) não tem maiores

---

<sup>44</sup> “O preconceito quanto à qualificação de tais aspirações como efetivos direitos subjetivos deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: subjetivamente, nega-se aos interesses meta-individuais a qualificação de direitos em virtude de ser impossível imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; objetiva e formalmente, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões meta-individuais (na medida em que não são economicamente apropriáveis por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto à sua existência até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos” (VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um novo Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 45).

repercussões, vez que o texto constitucional assegura, indistintamente, sua proteção.<sup>45</sup>

Com o reconhecimento, pela ordem jurídica, de interesses que já eram relevantes para a vida social, política e econômica, multiplicaram-se também legislações específicas que possibilitassem sua defesa em juízo, principalmente a partir da Lei da Ação Civil Pública:

diversas leis ampliaram o objeto da tutela coletiva de interesses transindividuais, valendo especial destaque as que permitiram a defesa da pessoa com deficiência (Lei n. 7.853/89), dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89), das crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/90 – ECA), dos consumidores (Lei n. 8.078/90 – CDC), das pessoas atingidas por danos à ordem econômica e à economia popular (Lei n. 12.529/2011), das pessoas atingidas por danos à ordem urbanística (Lei n. 10.257/2001), das pessoas idosas (Lei n. 10.741/2003).<sup>46</sup>

Resume MAZZILLI as técnicas desenvolvidas pelo sistema processual coletivo, que permitem a efetiva tutela de direitos transindividuais, cuja lógica extrapola o processo tradicionalmente desenvolvido para a contraposição de interesses individuais:

a) assegurar a substituição do grupo lesado no polo ativo da relação processual; b) ampliar os efeitos da coisa julgada para além das partes formais do processo; c) superar as notórias dificuldades da execução, até porque muitos desses interesses transindividuais não podem ser quantificados nem divididos entre os lesados, como o meio ambiente.<sup>47</sup>

Apesar das diferentes modalidades de procedimentos voltados à tutela dos direitos coletivos, adotaremos, no decorrer deste trabalho, diante da necessidade de delimitação da investigação, as normas instituidoras da Ação Civil Pública, especialmente pela sua amplitude, destacada por ZAVASCKI como o “protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais”:

---

<sup>45</sup> “Aliás, para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais que se insistisse a impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os *interesses* como os *direitos subjetivos*” (VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 48)

<sup>46</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 95-96.

<sup>47</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 95.

A ação civil pública, regulada fundamentalmente pela Lei 7.347/85, é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais. Trata-se de procedimento especial de cognição completa e integral e com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentalizar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimação ativa, invariavelmente em regime de substituição processual, é exercida por entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público, que tem nesse mister uma das suas funções institucionais. A sentença de mérito faz coisa julgada com eficácia subjetiva *erga omnes*, salvo se improcedente o pedido por insuficiência de prova. Em caso de procedência, a sentença produz, também, o efeito secundário de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda. E a execução, promovida pelos mesmos legitimados do processo cognitivo, também invariavelmente em regime de substituição processual, segue o rito processual comum, sendo que o produto da condenação em dinheiro reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 9.008, de 21.03.1995, e no Dec. 1.306, de 09.11.1994.<sup>48</sup>

Tendo em vista essas características, principalmente a completude e integralidade da cognição, a amplitude de possibilidades de tutela, e a autorização legal para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais pelos legitimados coletivos, restringiremos nosso campo de análise à compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com o procedimento especial da ação civil pública.

### 3.1 OS DIREITOS TUTELÁVEIS PELA VIA COLETIVA

O processo coletivo serve à tutela de três modalidades de direitos, quais sejam os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esses foram conceituados pelo Código de Defesa do Consumidor, que lhes garantiu a aplicação da técnica processual coletiva de tutela. Uma distinção conceitual estanque, todavia, não pode constituir óbice formal à tutela dos direitos, consoante adverte a crítica de VENTURI:

[...] nas ações coletivas ajuizadas no intuito de obtenção de reparações a lesões consideradas *difusas ou coletivas* (v.g., a ação civil pública que enfrente as repercussões de um dano ambiental), mesmo que não conste pedido expresse neste sentido, eventuais pretensões individuais à reparação de lesões pessoalmente suportadas (*danos individuais homogêneos*)

---

<sup>48</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, pp. 4-5.

encontrarão suporte na sentença de procedência, que lhes servirá como condenação genérica viabilizadora de subsequentes procedimentos liquidatórios e executivos (art. 103, §3º, do CDC); por outro lado, mesmo numa ação coletiva que vise à tutela de direitos tipificados como individuais homogêneos haverá a possibilidade da obtenção de tutela difusa (essencialmente meta-individual) por ocasião da fixação da chamada *fluid recovery*, ou seja, da condenação subsidiária em prol do fundo referido pelo art. 13 da LACP, determinada pelo juízo perante o qual foi processada a ação de classe, quando o número de indivíduos que se habilitou para liquidar a sentença condenatória genérica se revele incompatível com a gravidade do dano (art. 100 e parágrafo único do CDC).<sup>49</sup>

Pelo prisma da inafastabilidade da proteção jurisdicional, ainda que classificadas as espécies de direitos, um evento concreto pode implicar, simultaneamente, em diferentes pretensões (difusas, coletivas ou individuais) ou pelo menos, “a tutela jurisdicional de um acaba inevitavelmente importando a tutela do outro”.<sup>50</sup> No mesmo sentido as colocações de RODRIGUES, sustentando a complexidade de se precisar, na prática, quando se configura um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, haja vista a frequência com que se entrelaçam nas situações concretas.<sup>51</sup>

Não se perdendo de vista que a categorização dos direitos não deve implicar em obstáculos prévios à sua tutela, a identificação dos seus elementos distintivos se afigura operação útil à compreensão do fenômeno jurídico transindividual, objeto do processo coletivo, vez que fornece elementos para sua identificação concreta e para uma adequação instrumental às suas exigências. Fundamentais, quanto ao ponto, as colocações de ZAVASCKI:

Para direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização devem ser disponibilizados meios também diferenciados. Por isso mesmo, a formatação do instrumento supõe prévia compreensão do direito material em benefício do qual ele será empregado.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 87.

<sup>50</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 87.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 159.

<sup>52</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, p. 3.

Assim, faremos uma breve análise a respeito das modalidades de direitos tuteláveis pela via do microsistema processual coletivo, a fim de identificar os traços que os distinguem dos direitos individuais e os caracterizam como “transindividuais”, a fim de verificarmos os impactos que podem ocasionar na negociabilidade de aspectos processuais (procedimento e situações jurídicas processuais) postos pelo ordenamento jurídico para sua tutela.

### 3.1.1 Direitos difusos

A categoria dos direitos difusos constitui uma modalidade de direito transindividual de natureza indivisível (isto é, não pode ser remetido exclusivamente a um titular), especializando-se, conforme definição do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>53</sup>, pela indeterminação dos seus titulares e por decorrer de circunstâncias fáticas. Nesse sentido, leciona VENTURI a respeito dos caracteres específicos dos direitos difusos:

“A transindividualidade, nota comum aos direitos difusos e coletivos, toma em conta a multiplicidade de indivíduos que aspiram à mesma pretensão indivisível. Todavia, na hipótese dos direitos difusos não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um *processo absolutamente inclusivo* decorrente de sua *essência extrapatrimonial* (como acima dito, relacionada com a *qualidade de vida*).<sup>54</sup>

São direitos, portanto, concernentes a todo o conjunto social, traduzindo exigências gerais pertinentes ao bem-estar social, tais como a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da moralidade administrativa e da dinâmica concorrencial do mercado.

### 3.1.2 Direitos coletivos

---

<sup>53</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>54</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 53-54.

Como visto, os direitos coletivos são direitos transindividuais e indivisíveis, caracterizando-se pelo fato de sua titularidade se referir a uma coletividade determinada por uma “relação jurídica base” que tem entre si ou com a parte contrária, conforme define o art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor<sup>55</sup>. Há, portanto, uma relação jurídica base indivisível, cujas repercussões (violação e proteção) concernem, inevitavelmente a todos os indivíduos a ela ligados, pelo que a tutela jurisdicional os alcança independentemente de prévia afiliação à associação ou de expressa autorização individual:

“[...] os componentes de determinada coletividade são identificáveis não propriamente em função do vínculo associativo ou sindical que as reúne – que, aliás, deve ser compreendido como meramente facultativo e eventual – , mas sim em função do enquadramento de cada um no regime jurídico próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva”.<sup>56</sup>

Assim, não podem ser confundidos com os direitos *individuais* de membros de determinada associação, passíveis de tutela via ação mediante representação (isto é, através de autorização específica concedida pelos membros ao ente associativo) através de ação individual. Diferentemente, no caso dos direitos coletivos, a legitimação é legalmente atribuída de forma autônoma para a afirmação dos direitos coletivos em juízo.<sup>57</sup>

### 3.1.3 Direitos individuais homogêneos

Consoante afirma VENTURI<sup>58</sup>, os direitos individuais homogêneos não constituem categoria apartada dos direitos individuais quanto à essência, mas se caracterizam apenas por um vínculo decorrente de surgirem de evento idêntico, isto é, ostentam *origem comum*.

---

<sup>55</sup> “II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

<sup>56</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 58.

<sup>57</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 61.

<sup>58</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 61-68.

Assim, continuam sendo exclusivos dos respectivos titulares, os quais podem, inclusive, perseguir a tutela individual de seus direitos. Distinguem-se, portanto, dos caracteres fundamentais dos direitos transindividuais:

A verdadeira ligação entre tais categorias é de índole estritamente instrumental, e não substancial, visto que os direitos individuais homogêneos são considerados, apenas para fins de tutela jurisdicional coletiva, indivisíveis. De fato, perante o procedimento judicial da ação coletiva para tutelá-los (arts. 91 e ss. do CDC), e para fins da obtenção da chamada sentença condenatória genérica, prevista no art. 95 do CDC, há, por ficção legal, um *acidente de coletivismo* que torna a pretensão de obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível. A divisibilidade dos direitos individuais homogêneos será observada, com clareza, por ocasião das liquidações e execuções que se seguirão à condenação genérica, eis que, então, cada um dos titulares do direito subjetivo individual lesado deverá demonstrar o prejuízo pessoal e o nexo causal.<sup>59</sup>

Partindo dessa consideração inicial, tanto o número de atingidos pela circunstância de fato, como a existência prévia de relação jurídica entre eles, não são relevantes para a conformação da homogeneidade prevista no art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor<sup>60</sup>, cuja literalidade indica que os direitos individuais homogêneos são aqueles “decorrentes de origem comum”.<sup>61</sup>

Todavia, a origem comum implica em um “núcleo de homogeneidade” dos direitos individuais envolvidos, que conformará o objeto de cognição judicial na fase de conhecimento da demanda que vise a constituir uma sentença genérica: “(a) a existência da obrigação, (b) a natureza da prestação devida e (c) o sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos) comum”.<sup>62</sup> De modo a facilitar a tutela dos direitos, o

---

<sup>59</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 68.

<sup>60</sup> “III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>61</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, p. 6. Interpretando o texto legal, VENTURI anota que a caracterização da homogeneidade não diz respeito às semelhanças entre as questões de fato e de direito específicas aos respectivos titulares dos direitos, mas tão somente à unicidade da origem. A heterogeneidade das questões fáticas e de direito podem ser levantadas na fase de liquidação e execução de sentença, nos moldes do art. 97 do CDC. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 67-75.

<sup>62</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, p. 6.

procedimento desenhado para a ação coletiva determinou uma divisão da cognição judicial em de duas etapas:

Uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios.<sup>63</sup>

A conceituação dos direitos individuais homogêneos, portanto, representa uma escolha normativa para facilitar a defesa de direitos individuais através da mecanismos coletivos<sup>64</sup>. Ainda, consoante destaca ZAVASCKI, os contornos do sistema processual possibilitam o ajuizamento de ação coletiva independentemente das ações individuais promovidas pelo titular da pretensão de direito material:

A quarta característica da ação coletiva é a da sua autonomia em relação à ação individual, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.<sup>65</sup>

Como se vê, intencionou o legislador encontrar uma solução que, de um lado, promovesse a tutela de direitos, e de outro, preservar o direito fundamental de ação daqueles que pretendem perseguir a defesa de seus direitos em juízo, bem como a liberdade de se beneficiar do resultado de uma sentença favorável.

---

<sup>63</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, p. 7.

<sup>64</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 68-69.

<sup>65</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, p. 8.

#### 4 COMPATIBILIDADE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COM O SISTEMA DE TUTELA COLETIVA

O princípio do Acesso à Justiça foi um dos conceitos mais desenvolvidos pela doutrina processual brasileira, conjuntamente com a instrumentalidade da técnica processual em relação aos reclames do direito material. O desenvolvimento de um sistema processual coletivo, dotado de um regime jurídico especial, se consolidou como mais uma experiência de densificação dos meios de proteção de direitos atribuídos pela ordem jurídica.

Apesar de ter surgido há muito no direito brasileiro (com a previsão da ação popular na Constituição de 1934), a tutela de direitos coletivos ganha maior fôlego a partir da Constituição de 1988, tendo em vista os inúmeros direitos transindividuais positivados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional. Tendo em vista a expressividade que esses direitos apresentam para o conjunto social, a garantia do acesso à justiça reclama uma visão pragmática a respeito da efetividade dos instrumentos admitidos para a sua proteção.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, nesse sentido, constituem uma grande oportunidade para a adequação da técnica processual pelos legitimados à proteção de direitos transindividuais, desde que observados limites inerentes à indisponibilidade dos direitos materiais afirmados em juízo (isto é, desde que as convenções processuais não veiculem prejuízos indiretos aos direitos afirmados cuja titularidade pertence a indivíduos não participantes da relação processual).

Apesar de as partes, por terem interesses distintos, e em grande medida, contrapostos, não terem deveres *jurídicos* recíprocos de cooperar no processo<sup>66</sup>, isso não significa que elas não *podem* cooperar, tendo em vista a possibilidade de

---

<sup>66</sup> Segundo a compreensão de DANIEL MITIDIERO, em estudo a respeito dos deveres de cooperação no processo civil, a oposição entre as posições das partes no processo impede que se imponha a elas um dever de cooperação recíproca: “O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si” (**Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, capítulo 2.2.1 – sem numeração) O referido entendimento, entretanto, desconsidera a possibilidade de espaços de convergência de interesses entre as partes no processo, ainda que relativas à aspectos específicos, onde, talvez, não seria irrazoável imaginar a existência de deveres de colaboração.

compatibilização de interesses contrapostos.<sup>67</sup> Assim, embora o processo seja compreendido como o *campo* do litígio, podem surgir espaços em que as próprias partes considerem mais adequada a cooperação do que a simples lógica da afirmação e da resistência. Essa perspectiva foi vislumbrada pela nova ordem processual brasileira, ao incentivar, inclusive no curso do processo, as mais diversas formas de soluções acertadas entre as partes – não impondo soluções consensuais, mas as incentivando e as possibilitando.<sup>68</sup>

A aplicabilidade do permissivo normativo contido no art. 190 do Código de Processo Civil à sistemática processual voltada à tutela de direitos coletivos (*lato sensu*) envolve questões controversas e percalços na doutrina, inclusive porque, mesmo quando estamos no âmbito da tutela individual, ainda se encontram intrincadas resistências às convenções processuais.<sup>69</sup>

No ponto, destaca-se o posicionamento trazido por VENTURI que, sem descurar a importância dos conceitos jurídicos, como o interesse público, e das formas de proteção de direitos fundamentais, posiciona-os historicamente, de forma a reclamarem constante e renovada compreensão:

[...] seria então ainda correto negar-se sistematicamente e aprioristicamente a *negociabilidade* (transação) do interesse público e dos demais direitos

---

<sup>67</sup> Conforme a metodologia desenvolvida sustentada pelos professores ROGER FISCHER, WILLIAN URY e BRUCE PATTON, o negociador deve **i**) identificar os interesses compartilhados, nem sempre patentes ou evidentes nas posições (afirmações) inicialmente assumidas pelas partes; **ii**) “encaixar” os interesses destoantes (mas conciliáveis) a partir de opções criativas; e **iii**) insistir na observância de critérios objetivos (como a lei, precedentes, condições de mercado etc.) para se alcançar uma solução aos interesses contrapostos. O resultado da negociação, para que o acordo seja recomendável, tem que se sobrepor ao BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) do negociante. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes: negotiating agreement without giving in**. 3. ed. (e-book) New York: Penguin Books, 2011, capítulos 4, 5 e 6 (sem paginação).

<sup>68</sup> No âmbito processual coletivo, como veremos, o compromisso de ajustamento de conduta permite que haja conciliação envolvendo direitos transindividuais, no que GEISA DE ASSIS RODRIGUES define como uma tendência de adoção “meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos” (**Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105).

<sup>69</sup> Nesse sentido a crítica de ANTONIO DO PASSO CABRAL, que denuncia os excessos do que nomeou de “hiperpublicismo”: “O publicismo posicionou o juiz como figura central do processo. Como consequência dessa concepção, que raramente vem explicitada e normalmente fica velada, imagina-se que, no processo, o juiz pode fazer tudo e as partes teriam autonomia para quase nada. Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam uma prerrogativa de definir e até renunciar *ao direito material* subjacente, mas não teriam possibilidade de conformar o procedimento” (**Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 151).

considerados indisponíveis, ainda que isto pudesse significar sua melhor proteção e concretização?<sup>70</sup>

Apesar de a extensão da compatibilidade das convenções processuais na seara coletiva ainda não ter sido objeto de numerosas pesquisas aprofundadas, até pela novidade do instituto (que autoriza a celebração atípica de convenções processuais), ao menos duas singularidades do processo coletivo podem figurar como complexidades quanto à sua aplicabilidade: **a)** o caráter transindividual dos direitos materiais afirmados em juízo e **b)** o fenômeno da substituição processual decorrente da legitimação coletiva autônoma e exclusiva<sup>71</sup>. Ademais, abordaremos a problemática da amplitude do controle dos negócios jurídicos processuais coletivos, considerando a própria natureza do instituto e as complexidades apresentadas.

#### 4.1 A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS MATERIAS E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS VOLTADAS PARA A SUA TUTELA

Como vimos, a doutrina, considerando as proposições estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, distingue três espécies de direitos passíveis de tutela mediante o processo coletivo: os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Apenas os dois primeiros (direitos difusos e coletivos) são caracterizados pela transindividualidade, pelo que não são referíveis a apenas um titular, mas a vários concomitantemente, de forma indivisível.

As notas da transindividualidade e da indivisibilidade da titularidade dos direitos interferem na extensão da negociabilidade de aspectos processuais estabelecidos legalmente: não pode haver prejuízo aos direitos existentes, pela via convencional, uma vez que o legitimado não pode dispor (no sentido de abdicar), mesmo que indiretamente, daquilo que não lhe “pertence”.

---

<sup>70</sup> VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251, jan. 2016, p. 7.

<sup>71</sup> A expressão *substituição processual* para ser referir à legitimação extraordinária, no dizer de BARBOSA MOREIRA, apenas atende ao rigor da lógica nos casos de *autonomia* (suficiência da presença do legitimado extraordinário para a conformação do contraditório) e *exclusividade* (quando a presença do titular do direito material não tem a aptidão de instaurar o contraditório): “só nesses, com efeito, é que a lei na verdade *substitui* o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por *substituir* se entende *retirar* coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra” (**Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista do Ministério Público Edição Comemorativa. Rio de Janeiro, 2015, p. 1140).

Afiguram-se fundamentais, assim, maiores ponderações a respeito dessa característica dos direitos materiais, indiretamente atingidos pela alteração do processo (tanto no sentido de maximizar sua efetividade como, ao revés, implicar em prejuízos à sua tutela), bem como quais seriam as limitações que poderia impor à admissibilidade das convenções processuais.

Considerando-se que os fenômenos processuais há muito deixaram de ser considerados como manifestações do direito material, adquirindo autonomia pelo desenvolvimento das construções doutrinárias<sup>72</sup>, a indisponibilidade do direito material não implica, automaticamente, a indisponibilidade de posições processuais. Como visto anteriormente quando analisamos o requisito da admissibilidade de autocomposição dos direitos para a validade das convenções processuais (tópico 2.2.2), a disponibilidade da pretensão à tutela judicial não depende da disponibilidade do direito material subjacente.

Nesse sentido se inclinou o novo Código de Processo Civil ao não repetir o disposto na Lei de Arbitragem, que estabeleceu como critério de arbitrabilidade a disponibilidade do direito material objeto da convenção. Diversamente, e de forma mais aperfeiçoada, elegeu a possibilidade de autocomposição do litígio como limite objetivo para a celebração de convenções processuais.

Não obstante, a autonomia entre os “planos” processual e material não significa que a indisponibilidade do direito não produza reflexos nos contornos da admissibilidade da convenção processual no âmbito processual coletivo. Pelo contrário, parece evidente a possibilidade de que pela via processual se atinja a tutela de determinado direito (principalmente dos direitos coletivos, cuja eficácia tem uma maior dependência da atuação idônea dos legitimados, através de mecanismos específicos e de um regime jurídico especial), podendo implicar em prejuízos à efetividade dos direitos coletivos. Com perspectiva semelhante, pontua CABRAL<sup>73</sup>:

---

<sup>72</sup> Nas palavras de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Ao cabo da lenta e gradual evolução da ciência processual, houve um momento em que se operou a *ruptura* com o direito material. Alentados estudos e observações permitiram constatar certos fatos suficientes a evidenciar a existência de duas *realidades*: uma, dita “substancial”, subsumida em normas de direito objetivo, formando, segundo as diferentes concepções, *direitos subjetivos*, *situações jurídicas*, enfim, *relações jurídicas de direito material*; outra realidade, subjacente a essa, por ela ensejada, mas distinta, apresentando *outra natureza*, sujeita a princípios próprios e oferecendo categorias jurídicas específicas: o direito de ação; a *relação jurídica processual*” (**Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 154).

<sup>73</sup> CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: **Processo coletivo** (coord. Hermes Zaneti Jr.) Salvador: Juspodivm, 2016, p. 329.

Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. As convenções, por exemplo, que alteram a forma da citação, ou os negócios que renunciam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material, embora possam, é verdade, impactar a solução final do processo em relação a eles.

Dessa forma, impõe-se que sejam considerados, na análise da aplicabilidade de uma dada convenção, se os resultados práticos decorrentes não acabam por violar indiretamente a tutela de um direito indisponível.

É sabido que o significado de indisponibilidade nem sempre deflui de forma clara quando invocado para obstar o exercício de liberdades ou para fundamentar alguma decisão judicial.<sup>74</sup> A invocação de fórmulas, quando desacompanhadas de uma justificativa constitucional consistente, não pode constituir óbice ao aprimoramento das formas de solução de problemas jurídicos socialmente relevantes. Relevante, assim, a definição precisa dos fundamentos e as finalidades da indisponibilidade de um determinado direito, para o fim de verificar se são compatíveis com as finalidades e os resultados de uma determinada solução consensual.

As características do direito de titularidade transindividual e indivisível implicam a sua indisponibilidade, pelo fato de não ser apropriável, com exclusividade, por alguém individualmente. Dessa forma, nem mesmo os titulares do direito podem dele dispor, haja vista sua indivisibilidade: não pode, um indivíduo, dispor acerca de um direito concernente a um conjunto indeterminado ou indeterminável de pessoas. Outrossim, lembremos que os direitos difusos e coletivos, pertencentes a agrupamentos compostos por pessoas indetermináveis ou indeterminadas, dificilmente poderiam ser defendidos em juízo por todos os seus titulares, conforme o modelo da legitimidade ordinária. Com base nisso, afirma GAVRONSKI que, “assim como não podem ir a juízo, essas coletividades, em razão da dispersão, de regra não dispõem de condições de negociar seus direitos coletivamente, seja no curso da ação civil pública ou fora dela”.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251, jan. 2016, p. 391-426.

<sup>75</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348.

Os direitos individuais homogêneos, diversamente, são essencialmente direitos individuais, cuja tutela é apenas facilitada e aprimorada pelo microsistema coletivo. Assim, são direitos de natureza individual e divisível, pelo que admitem que seu titular encontre soluções negociadas próprias ou persiga a tutela jurisdicional no modelo de legitimação ordinária. Essa circunstância, como bem acentuado por GAVRONSKI, traduz maiores limitações ao legitimado coletivo quando, mediante autocomposição, busca formar acordos envolvendo interesses individuais homogêneos, pois não pode comprometer “o acesso à justiça individual e a atuação do próprio titular em defesa do seu direito”, devendo trazer ressalvas respeitantes à autonomia dos indivíduos.<sup>76</sup> Da mesma forma, quando estipulando convenções processuais, deve o legitimado coletivo atentar à preservação dos direitos individuais de ação, os quais não podem ser afetados.

A questão dos limites da negociabilidade envolvendo direitos transindividuais é complexa: do ponto de vista jurídico-formal, a ausência de titularidade sobre o direito material implicaria a impossibilidade de transação; de outro lado, desde uma perspectiva pragmática, os meios autocompositivos apresentam destacadas vantagens para a própria efetividade da proteção aos direitos.

Consoante assevera RODRIGUES que “não se pode admitir a renúncia aos direitos transindividuais, nem muito menos a transação versando sobre os mesmos”, lembrando, quanto à transação, que por implicar em concessões mútuas, depende da possibilidade de alienação e disponibilidade sobre o direito.<sup>77</sup> Todavia, sem olvidar essa constatação, sustenta a possibilidade de soluções negociadas para a proteção dos direitos transindividuais, pelas vantagens que apresentam em termos de eficiência, mas com limites inerentes à natureza do objeto.<sup>78</sup>

Quanto ao ponto, GAVRONSKI assevera que não se pode confundir a negociação em tutela coletiva com a transação do direito civil.<sup>79</sup> Também considera correto, mas insuficiente afirmar que a autocomposição sobre direitos coletivos se limita a definir as condições de cumprimento das obrigações legais. Segundo as

---

<sup>76</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348-349.

<sup>77</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 44-57.

<sup>79</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348.

colocações de GAVRONSKI, a autocomposição é muito mais ampla do que a transação, podendo ser utilizada, conforme ressalta o autor,

*para definir a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados sobre a qual haja controvérsia que prejudique a efetividade da norma, bem como para dimensionar adequadamente, à luz do caso concreto, o alcance de princípios jurídicos aplicáveis, permitindo-se com isso, inclusive, uma interpretação que transcenda o conteúdo específico da regra jurídica aplicável.*<sup>80</sup>

Assim, conforme os fundamentos expostos por GAVRONSKI, a própria negociabilidade do direito coletivo é admitida para que, de forma consensual com o apontado como responsável pela sua ameaça ou lesão, com a delimitação de obrigações necessárias para a prevenção e reparação de danos na situação concreta e as condições modo, tempo e lugar para seu cumprimento, em um processo de concretização da norma.<sup>81</sup>

A autocomposição permite soluções específicas para problemas complexos, vez que não circunscrita a uma lógica de adstrição formal àquilo que é alegado e requerido no processo, o que, inevitavelmente, restringe enormemente o problema concreto, muitas vezes multifacetado. Na negociação, o objeto do diálogo pode se estender para envolver outros fatores legítimos e relevantes para o direito, presentes no contexto fático, mas que ultrapassam a formalidade de uma relação jurídica específica. Um problema envolvendo direito do consumidor, por exemplo, envolve diversos interesses públicos relevantes (inclusive outros direitos difusos ou coletivos, que podem estar sobrepostos em uma mesma situação fática), como a continuidade da atividade empresarial, a manutenção de empregos, do recolhimento de tributos, da concorrência etc. Daí a importância de se encontrar soluções (baseadas na boa-fé objetiva) que considerem, da melhor forma possível, os diversos interesses legítimos protegidos e projetados pela ordem jurídica.

Assumidos tais fundamentos, temos que a indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos deve ser compreendida como a impossibilidade de não se proteger o bem jurídico objeto do direito através da manifestação vinculativa dos entes legitimados. Com essa acepção, funciona como limite às convenções processuais,

---

<sup>80</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353.

<sup>81</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353.

implicando a ineficácia daquelas que traduzam maiores desvantagens do que vantagens para o efetivo resguardo dos direitos transindividuais. Traduz-se, enfim, de um parâmetro de controle a ser utilizado pelo órgão judicial quando do controle da convenção processual: apesar de não analisar a conveniência e oportunidade do objeto negociado, deve verificar se, pela via das convenções processuais, não há *manifesto* prejuízo à tutela efetiva do direito transindividual afirmado em juízo.

No campo da efetividade dos direitos, deve prevalecer a alternativa que maximize a proteção aos direitos e concilie os interesses na resolução de entraves, gerando o menor prejuízo possível e resolvendo problemas sociais. Considerando-se todos as vantagens possibilitadas pela negociação (inclusive para conflitos envolvendo direitos coletivos *lato sensu*<sup>82</sup>), realizada conforme os deveres da boa-fé objetiva,<sup>83</sup> deve-se adotar uma abordagem pragmática voltada às finalidades constitucionais de promoção de uma solução efetiva, adequada e tempestiva.

#### 4.2 O PRESSUPOSTO DA ADMISSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO DOS DIREITOS E A NEGOCIABILIDADE SOBRE O PROCESSO PELO LEGITIMADO COLETIVO

Como sustentamos anteriormente (tópico 2.2.2), a possibilidade de autocomposição é uma manifestação inequívoca da disponibilidade da pretensão à tutela judicial.

Embora não detenha titularidade sobre o direito transindividual, ao legitimado coletivo é autorizada a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, nos termos da autorização contida no §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá

---

<sup>82</sup> Nesse sentido, sustenta GEISA DE ASSIS RODRIGUES que, considerando que várias circunstâncias do conflito podem ser consideradas, inclusive aquelas de caráter não jurídico, “[...] a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais” (**Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 114- 115).

<sup>83</sup> “O agir *segundo a boa-fé objetiva* concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional” (MARTINS-CONSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41).

eficácia de título executivo extrajudicial”. Conforme expõe GAVRONSKI, trata-se de uma modalidade de autocomposição:

Na prática jurídica, o disseminado uso do compromisso de ajustamento de conduta, mais conhecido como TAC, sendo “T” do termo em que ele se consubstancia, tem-no consolidado como um instrumento extraprocessual de autocomposição por negociação, sendo esta a técnica ou método pela qual o legitimado coletivo (neste caso, os “órgãos públicos legitimados” à ação civil pública) compõe diretamente com o apontado responsável pela lesão ou ameaça, atuando em nome próprio na defesa dos titulares dos interesses ou direitos lesados ou ameaçados, a solução jurídica respectiva, isto é, o compromisso propriamente dito. O objeto do TAC, instrumento previsto na lei da ação civil pública, é o mesmo desta ação e igualmente amplo, visto que se destina a dispensá-la: o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer e a condenação em dinheiro (art. 3º, LACP).<sup>84</sup>

O compromisso de ajustamento de conduta apenas deve ser celebrado quando constituir uma tutela mais adequada dos direitos transindividuais, obtida através de uma solução negociada, que deve ser célere, econômica e justa.<sup>85</sup> Trata-se, indubitavelmente, de uma modalidade de autocomposição envolvendo direitos coletivos (*lato sensu*), vez que a solução é alcançada consensualmente e implementada pelas próprias partes.

Dessa forma, embora não haja disponibilidade sobre o direito material pelo legitimado autônomo, a capacidade conferida pelo ordenamento para que encontre uma solução negociada e informal, concretizando as normas jurídicas na situação concreta, observa-se algum grau de disponibilidade da pretensão à tutela judicial, porquanto não se faz indispensável a intervenção jurisdicional na hipótese de suficiência do ajuste de conduta.

Sobre a limitação dos legitimados aptos a celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta cabem algumas anotações. Não obstante ter o §6 do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública se referido a “órgãos públicos”, o que buscamos demonstrar, nesse tópico, é que os *direitos transindividuais admitem autocomposição*, pelo que cumprem o pressuposto objetivo contido no art. 190 do Código de Processo Civil. A restrição da possibilidade de autocomposição aos “órgãos públicos” não tem

---

<sup>84</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346.

<sup>85</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105.

repercussão, em nosso entender, sobre os requisitos subjetivos (capacidade ampla e legitimidade *ad actum*) para a celebração de convenções processuais.

Considerando a instrumentalidade que caracteriza o processo, a disponibilidade sobre as situações jurídicas processuais e o procedimento guarda um vínculo indireto com os direitos materiais subjacentes. Assim, a indisponibilidade dos direitos transindividuais implica a *impossibilidade de o legitimado coletivo abdicar de situações jurídicas processuais de vantagens sem alguma contrapartida que possibilite a mais adequada e efetiva proteção do direito, desde uma perspectiva pragmática*.<sup>86</sup> Semelhante é a observação de CABRAL: “o substituto processual pode convencionar em matéria processual, desde que a convenção beneficie o substituído ou reforce suas garantias processuais”<sup>87</sup>.

#### 4.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* NO PROCESSO VOLTADO À TUTELA COLETIVA

No processo civil tradicional, como visto, a legitimação é aferida a partir da situação jurídica objetiva deduzida em juízo, a partir da qual se analisa a pertinência subjetiva das partes com as posições jurídicas materiais. Todavia, o novo modelo processual, voltado para a tutela coletiva, exigiu uma diferente forma de se conferir a legitimação, já que não seria viável que todos os titulares do direito instaurassem e conduzissem o processo.

Parcela da doutrina analisa o fenômeno da legitimação previamente atribuída por lei a partir de uma comparação, como é natural, com aquele modelo teoricamente consolidado no processo tradicional individual. Emprega-se como parâmetro classificatório, por conseguinte, a afirmação de titularidade de pretensão de direito material: haveria legitimação ordinária quando a “situação legitimante” decorre da

---

<sup>86</sup> Buscamos, com esse critério, atender à lição de VENTURI: “É evidente que uma compreensão mais ou menos liberal que se possa adotar a respeito do significado dos direitos indisponíveis depende de uma multiplicidade de fatores econômicos, sociais, político-ideológicos e, é claro, jurídicos. Entretanto, se não parece possível apontar para um *estático* e *correto* conceito a respeito da indisponibilidade dos direitos, *direcionar-se sua interpretação pragmaticamente*, no objetivo de projetar melhores resultados quanto à sua efetiva proteção, certamente é tarefa que desafia a prestação da Justiça no século XXI” (VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251, jan. 2016, p. 2).

<sup>87</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 374.

situação de direito material discutida em juízo; por outro lado, seria extraordinária a legitimação quando a lei permitisse que, aquele que não é titular da pretensão afirmada, aciona-se o Judiciário e conduza o processo.

Nesse sentido a posição adotada por DIDIER JR. e ZANETI JR.<sup>88</sup> quanto à aptidão do conceito de legitimidade extraordinária para explicar o fenômeno de atribuições processuais para a proteção dos direitos coletivos:

“A dicotomia legitimação ordinária-legitimação extraordinária é apta a explicar qualquer espécie de legitimação, até mesmo por um imperativo lógico: ou se vai a juízo defender situação jurídica de que se afirma titular, ou se vai a juízo defender situação jurídica cuja titularidade é imputada a terceiro – entre os opostos contraditórios não há meio termo, *tertium non datur*”.<sup>89</sup>

Segundo o critério tradicional, assim, verifica-se a legitimidade extraordinária quando o ordenamento jurídico atribui a determinados entes a possibilidade de pleitearem em juízo, em nome próprio, a tutela de direitos cuja titularidade não detêm. No sistema processual coletivo brasileiro, conforma-se como “*legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva*”: **i)** autônoma porque pode o legitimado atuar independentemente da participação do titular do direito material sustentado; **ii)** exclusiva, porque apenas ele pode ser parte principal; **iii)** concorrente, pois diferentes entes detêm a possibilidade de conduzir o processo; e **iv)** disjuntiva, pois “apesar de concorrente, cada entidade legitimada a exerce *independentemente da vontade dos demais colegitimados*”.<sup>90</sup>

DIDIER JR e ZANETI JR. resumem características fundamentais da legitimação coletiva no direito brasileiro:

Enfim, o certo é que a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 82 do CDC etc.), podendo ser aferida em concreto com a presença da adequada representação; b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o

<sup>88</sup> Apesar de adotarem o parâmetro classificatório tradicional e criticarem a proposta de uma nova categoria de legitimação para explicar o fenômeno no âmbito da tutela coletiva, acrescentam os autores, no sentido aqui defendido, a necessidade de demonstração *concreta* da representatividade adequada para a conformação da legitimidade *ad causam*. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 208-212.

<sup>89</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 199.

<sup>90</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205.

legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e disjuntiva ou simples.<sup>91</sup>

Através de outra perspectiva, VENTURI<sup>92</sup> argumenta que o sistema processual desenhado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, quando outorgou a determinadas entidades a condição de legitimadas para a instauração e condução do processo, transferiu o problema da titularidade da pretensão material para a adequação de representação dos interesses protegidos:

“[...] em busca de um novo parâmetro, gradativamente preconiza a doutrina especializada na tutela coletiva o abandono do critério tradicional de aferição da legitimação através da alegação de titularidade do direito subjetivo afirmado, deslocando-se o eixo de verificação da referida legitimação para o fenômeno do acesso à justiça dos direitos meta-individuais, abrindo-se, então, novas e profícuas possibilidades técnicas”.

A lógica do modelo brasileiro de processo coletivo exige, portanto, um novo ângulo de avaliação da legitimação enquanto condição de admissibilidade da tutela coletiva. É nesse sentido também a construção teórica de MANCUSO, ao propor alternativas para a legitimação de agir para a condução de processo voltado à tutela de direitos difusos:

A primeira consideração a ser feita diz respeito ao fato de que a legitimação, nos interesses difusos, não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão; isso seria até uma *contradictio in re ipsa*, visto que tais interesses são... difusos, e isso basta para que seja descartada a investigação quanto à afetação dos mesmos a um “titular” *determinado*. A ótica deve ser *objetiva*, isto é: deve-se dar prevalência aos aspectos da relevância social do interesse e da capacidade representativa de seu portador (esses serão os títulos jurídicos); o portador desses títulos não o será em termos de exclusividade, mas de veículo ou instrumento *idôneo* a solicitar a tutela para aquele interesse.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 206.

<sup>92</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 175.

<sup>93</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 188-189.

Defende VENTURI uma “*legitimação processual de natureza especial*”, não mais baseada na “titularidade da pretensão carente de tutela jurisdicional”, mas em preocupações relacionadas à idoneidade da entidade e à adequada representatividade dos interesses envolvidos, ressaltando:

Sob esta nova perspectiva, a atuação das entidades expressamente legitimadas passa a ser avaliada através da *efetividade da tutela jurisdicional empreendida, e não mais sob o enfoque da afirmação da titularidade da pretensão deduzida* – o que representa uma radical alteração paradigmática da *legitimatío ad causam* como condição da ação no âmbito da tutela coletiva.<sup>94</sup>

Sustenta VENTURI, enfim, que a busca dos contornos da legitimação no sistema processual coletivo deve se basear em parâmetro que, independentemente da afirmação de titularidade do direito material subjacente, compatibilize-se com as características da *exclusividade* e da *autonomia* deferidas pela ordem jurídica brasileira.<sup>95</sup> Em síntese, explica o conceito de legitimação alcançado pelo novo viés adotado:

Trata-se de uma legitimação que não pode ser propriamente qualificada como *ordinária*, nem como *extraordinária*, mas simplesmente como *autônoma*, exprimindo-se com tal locução uma ampla liberdade, derivada *ex lege*, seja para a propositura da demanda, independentemente de autorizações pessoalmente concedidas pelos integrantes do corpo social envolvido, seja para sua condução em juízo, inclusive mediante a viabilidade de celebrar acordos aptos à solução da lide supra-individual.<sup>96</sup>

Desse modo, conclui-se que a legitimação autônoma atribui ao ente posição jurídica que constitui fundamento autorizador de manifestações consensuais no plano processual através de celebração de “acordos aptos à solução da lide supra-individual”. Isso porque o ordenamento jurídico concede *autonomia* na definição da estratégia pela qual conduzirá o processo, de modo que, pelo prisma do acesso à

---

<sup>94</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 177.

<sup>95</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 p. 214-215.

<sup>96</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 215.

justiça dos direitos transindividuais, exsurge, como indispensável, a idoneidade da representação dos interesses em jogo.

Quanto ao ponto, imprescindível a anotação de VENTURI<sup>97</sup>, quando assevera que a utilidade pragmática do estudo da legitimação ativa no processo coletivo depende da verificação dos contornos da autonomia processual conferida pelo ordenamento jurídico às entidades elencadas como legitimadas. Portanto, considerando a base teórica desenvolvida, perquiriremos os contornos da legitimidade *ad actum* para a celebração de convenções processuais no bojo do processo voltado à tutela de direitos transindividuais.

#### 4.3.1 A representatividade adequada e a legitimidade *ad actum* para a celebração de “convenções processuais coletivas”

De acordo com as elaborações anteriormente expostas, chegamos à conclusão de que o conceito de legitimação coletiva não pode descurar integralmente do complexo de interesses que demandam efetividade e carecem de tutela. O imperativo da *representatividade adequada*<sup>98</sup>, destarte, passa a ser elemento integrante de sua própria conformação, necessariamente consignada em juízo para o regular andamento processual.<sup>99</sup>

Assim, apesar das posições que entendem que a legitimação, no sistema brasileiro, deflui unicamente da atribuição legal, entendemos que, mormente para a celebração de convenções processuais atípicas (e, portanto, modificação de mecanismos postos abstratamente para a proteção dos direitos), a verificação *in concreto* da representatividade adequada se apresenta como filtro indispensável. Isso porque, conforme as indispensáveis ponderações de GIDI, várias situações fáticas de

---

<sup>97</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 172-177.

<sup>98</sup> ANTONIO GIDI esclarece que a o significado do termo “representação”, quando trata da representação adequada, não coincide com o sentido técnico normalmente por ele referido, referindo-se ao “porta-voz” dos interesses do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, legitimado para ingressar em juízo para sua defesa (**A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 61-62).

<sup>99</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 68 e segs.

despreparo ou desvio ético do representante podem implicar em prejuízos à tutela dos direitos do grupo.<sup>100</sup>

Conforme a lição de GIDI, para que haja verdadeira representação dos interesses do grupo, ela deve ser necessariamente adequada, por decorrência da imposição constitucional do devido processo legal coletivo<sup>101</sup>. O próprio poder de atuação processual, assim, encontra-se estreitamente relacionado com a concreta adequação do representante:

Utilizando-se a dicotomia entre o poder e o dever, pode-se dizer que o poder que tem o representante para tutelar os interesses do grupo deriva do dever de adequadamente representa-los em juízo. A adequação legítima e convalida a atividade do representante.<sup>102</sup>

DIDIER JR. e ZANETI JR. fornecem o seguinte fundamento jurídico, pautado no princípio do “devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva”, para o controle judicial da legitimação ativa *in concreto*:

É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela *desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.*<sup>103</sup>

Entendemos que esses contornos deferidos à legitimidade *ad actum* atendem às exigências de efetividade (entendida como satisfação/preservação do bem jurídico garantido pela relação jurídica) dos direitos transindividuais, permitindo o

---

<sup>100</sup> “Não há nada de errado em que pequenas associações proponham ações coletivas importantes. Referimo-nos a uma ação coletiva proposta por uma associação manifestamente incapaz de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé. Na prática, o representante pode conduzir o processo de uma maneira inadequada para a tutela dos interesses do grupo (ou de uma parcela do grupo), ou simplesmente perder a causa propositadamente” (GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 62).

<sup>101</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 68 e segs.

<sup>102</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 70.

<sup>103</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 210.

aprimoramento das práticas sociais através da conjugação de modelos consensuais com o iter processual tendente a uma solução heterocompositiva definitiva.

Consideramos, nesse sentido, que os entes legitimados devem atuar de forma exemplar na função lhes outorgada pelo ordenamento jurídico, mormente quando ativamente negociam situações processuais e o procedimento voltados para a tutela dos direitos transindividuais. A deficiência na representatividade não é um risco exclusivo das convenções processuais, restando sempre como uma possibilidade na condução do processo pela entidade abstratamente prevista na lei. Dessa forma, sustentamos que o problema não pode ser direcionado para as convenções processuais, mas sim para o controle concreto da *representatividade adequada*: de nada adianta um conjunto rígido de normas processuais se a parte legitimada não tem capacidade ou empenho na condução do processo (com uma estratégia processual adequada, comportamento diligente na produção probatória e assim por diante).

Concluimos, portanto, que a inadequada representatividade sempre é uma possibilidade (que deve ser mitigada através de controle jurisdicional *in concreto*), não havendo comprovações de que efetivamente se incremente com as convenções processuais. Por outro lado, em uma perspectiva pragmática, o permissivo legal oportuniza aos convenientes idôneos uma variedade de possibilidades, não previstas aprioristicamente no modelo “padrão”, de adequação do procedimento judicial às especificidades da controvérsia e de estipulações obrigações comportamentais para as partes, revelando-se mais um instrumento para a tutela dos direitos no processo coletivo.

#### 4.4 CONTROLE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL PELO JUIZ E FISCALIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma dúvida estimulou as reflexões até aqui desenvolvidas: seria admissível o negócio jurídico processual atípico no âmbito do processo voltado à tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*)? De acordo com as bases teóricas anteriormente fixadas (no sentido de que os negócios jurídicos processuais produzem efeitos imediatamente e, se válidos, vinculam a atividade judicial), não poderia o magistrado adentrar o “mérito” das manifestações de vontade para realizar um juízo de “conveniência e oportunidade” (algo que seria ponderado pelas próprias partes através da negociação).

Ressaltam DIDIER JR. e ZANETI JR. vetores que devem ser perseguidos para um adequado tratamento dos conflitos nos processos coletivos:

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) respeito a liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento; c) a percepção de que com a participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.<sup>104</sup>

O princípio da publicidade tem por escopo estabelecer uma garantia da legitimidade da atividade jurisdicional. Uma das formas de controle das convenções processuais, nesse sentido, seria realizada pela própria sociedade, pelos agrupamentos interessados e pelos colegitimados à defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*), que poderiam participar enquanto litisconsortes, auxiliando no aperfeiçoamento da convenção processual atípica.

Nesse ponto, imprescindível destacar a atuação do Ministério Público, tanto na posição codeclarante, como na função de *custos legis*. Assumiu a Instituição, com a ordem constitucional inaugurada em 1988, grande autonomia e relevante finalidade constitucionais. Nos termos do *caput* do art. 127 da Constituição da República, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais”.

No sistema processual coletivo, o art. 92 do Código de Defesa do Consumidor e o §1º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública estipulam que, se o Ministério Público não atuar como parte, necessariamente intervirá como *custos legis*. Para ANTÔNIO GIDI, correto o argumento de que o membro do *Parquet* estaria em “melhor posição do que o juiz da causa para monitorar a conduta processual do representante do grupo”.<sup>105</sup> Isso, todavia, como precisamente observa o autor, não pode ser usado contrariamente à possibilidade de controle judicial da adequação do representante:

---

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 356.

<sup>105</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 64.

Não há qualquer contradição entre o Ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir sobre essa questão. Aliás, essa é a base da divisão de trabalhos entre o Ministério Público e o Judiciário: o Ministério Público, de pé, alega e o juiz, sentado, decide.<sup>106</sup>

Assim, ainda que não haja previsão expressa em lei, defende ANTONIO GIDI, *de lege lata*, o necessário controle judicial acerca da adequação do representante, apoiado em uma interpretação constitucional da cláusula do *devido processo legal coletivo*:

Através desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido *através* de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante *adequado*.<sup>107</sup>

Como defendemos, a legitimidade coletiva *ad actum*, consubstanciada pela representatividade adequada, bem como a disponibilidade relativa das “posições processuais coletivas”, permitem afirmar que há compatibilidade do modelo processual coletivo com os pressupostos gerais autorizadores da celebração de convenções processuais (verdadeiros negócios jurídicos), conforme estipulado pelo art. 190 do Código de Processo Civil.

Por conta disso, destoamos das compreensões teóricas que atribuem ao juiz o poder de rever a pertinência do acordo processual em si, como parece ter sido a posição sustentada por DIDIER JR. e ZANETI JR., quando trataram do controle judicial das convenções processuais coletivas:

A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de delibação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art. 1.015 do CPC”.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 64.

<sup>107</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 69-70.

<sup>108</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 354.

Uma vez celebrada a convenção processual coletiva, o juiz apenas lhe recusará aplicação caso verifique ausente algum pressuposto de validade, abusividade ou manifesta situação de vulnerabilidade. O que muda, em relação ao controle das convenções processuais celebradas no processo individual, são os pressupostos de validade exigidos, especialmente alguns aspectos pertinentes aos filtros da legitimidade *ad actum* e ao pressuposto de *disponibilidade de situações processuais* e de *adaptabilidade das regras procedimentais*.

O exame dos pressupostos de validade, todavia, pode parecer limítrofe, considerando que o juiz deve analisar se, pela via convencional, não há manifesto prejuízo à proteção dos direitos transindividuais, cuja titularidade não é detida pelo ente legitimado. Não obstante, ressaltamos que não se trata de um juízo quanto ao “mérito” da convenção processual *isoladamente* considerada, mas em relação aos seus resultados reflexos à proteção do direito material.

Por conta disso, não é dado ao magistrado simplesmente “discordar” de convenções válidas que estipulem mudanças no procedimento para adequá-lo às exigências concretas de efetividade dos direitos transindividuais, nem que versem sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. Existindo idoneidade do ente legitimado, e demonstração da representatividade adequada dos interesses transindividuais envolvidos, além dos demais pressupostos de validade, deve haver uma *presunção* de que a convenção processual traduz em melhores condições para a tutela da pretensão de direito material subjacente. Mais uma vez, recorreremos à lição de GIDI, segundo a qual se pode afirmar que a adequada representação, um dever do legitimado, é o elemento que confere poder para tutelar os interesses do grupo.<sup>109</sup>

Assim, *pelo menos nessas condições (de comprovada adequação representatividade e presença das demais condições de validade)*, consideramos que, na negativa de aplicabilidade à convenção processual, deve o magistrado se desincumbir de um ônus argumentativo<sup>110</sup> específico, demonstrando a *inevitabilidade*

---

<sup>109</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002, p. 70.

<sup>110</sup> ANTONIO DO PASSO CABRAL sublinha que a literalidade do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, ao estipular que o juiz “somente” recusará aplicabilidade em hipóteses de nulidade, abusividade ou manifesta vulnerabilidade, determina uma preferência normativa pela convencionalidade e um “princípio de validez apriorística dos acordos processuais, pressionando pela sua eficácia”. Afirma o autor que isso tem como consequência “fazer pesar sobre o juiz o *ônus*

(ou *elevada probabilidade*) de gerar prejuízo à defesa da pretensão de direito material, isto é, *manifesta vulnerabilidade*.

Por outro lado, em uma perspectiva pragmática, se há aprimoramento dos mecanismos processuais e fortalecimento das possibilidades de tutela, pode o juiz desconsiderar eventual problema de validade, ligado a algum defeito dos pressupostos gerais para a validade da convenção processual. Trata-se de abordagem desenvolvida na doutrina estrangeira, que conforme expõe CABRAL, centraliza-se a análise nos resultados decorrentes da convenção processual e afere sua justeza (*fairness*) na situação concreta: se os resultados forem vantajosos e justos para as partes, eventuais desigualdades formais ou materiais entre elas podem ser desconsideradas.<sup>111</sup>

---

*argumentativo* para considerar os acordos processuais inválidos”. **Convenções Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 163.

<sup>111</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 374-375.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos analisar a influência das principais particularidades que o processo coletivo manifesta relativamente aos pressupostos de admissibilidade das convenções processuais. Perquirimos, destarte, a respeito dos conceitos de negócio jurídico em geral e de convenção processual em específico, ressaltando seu aspecto de ato determinante, isto é, que produz efeitos em decorrência da atuação legítima das partes nos limites estabelecidos pela norma jurídica habilitadora. Após, abordamos os aspectos das convenções processuais que pensamos sofrerem maiores transformações quando inseridas no âmbito da tutela coletiva: os pressupostos da legitimidade *ad actum* e da admissibilidade de autocomposição, bem como a questão de seu controle pelo órgão jurisdicional. Com essa base teórica, desenvolvida pela doutrina, procuramos compreender a lógica do modelo coletivo e de seus institutos. Com isso, visamos uma adequação teórica dos pressupostos de validade das convenções processuais nos moldes da tutela coletiva.

Identificamos alguns problemas decorrentes da dissociação entre os titulares dos direitos e os legitimados para sua defesa e buscamos encontrar fundamentos teóricos para conciliá-los com a convencionalidade. Primeiramente, investigamos o significado da indisponibilidade do direito material na seara coletiva e os limites de sua negociabilidade pelo legitimado coletivo (admitida quando visando uma composição baseada na interpretação e concretização da norma jurídica na situação concreta) que transfere o problema da admissibilidade das convenções processuais a uma verificação de seus efeitos reflexos em termos de aprimoramento ou prejuízo à tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*).

Em segundo lugar, verificamos que existe uma relativa *disponibilidade sobre a pretensão à tutela jurisdicional* (entendida como não obrigatoriedade do Judiciário para resolução do conflito), manifestada pela possibilidade de autocomposição através do compromisso de ajustamento de conduta, no qual o próprio legitimado coletivo negocia com o apontado responsável a concretização da norma jurídica e a estipulação de obrigações necessárias à prevenção ou restauração de lesões aos direitos coletivos. Dizemos que, nesse caso, a referida disponibilidade é relativa, porquanto condicionada à suficiência das medidas para a tutela dos direitos e à adequação do meio autocompositivo.

Um terceiro desafio se colocou na análise da legitimidade *ad actum* para a celebração de “convenções processuais coletivas”, ligada à titularidade da “situação legitimante”, correspondente às situações jurídicas de cada sujeito processual. Concordamos com os autores que buscam um outro parâmetro de definição da legitimação coletiva, distinto daquele usado para o “processo individual”, porém mais condizente com os ditames do princípio do acesso à justiça: o da idoneidade do representante para o cumprimento de sua função protetiva dos direitos transindividuais. Sustentamos assim que, especialmente para a celebração de convenções processuais atípicas, faz-se indispensável um controle concreto da representatividade adequada, para que haja sentido em se admiti-las no âmbito coletivo: se o legitimado não apresentar condições (sejam técnicas, econômicas ou éticas) para representar o grupo, não faz sentido que detenha poder de negociar sobre mecanismos protetivos estabelecidos pela legislação. O principal fundamento de legitimidade das convenções processuais “coletivas”, assim, difere-se daquela do processo “individual” (autonomia), baseando-se no *comprometimento* do legitimado com as melhores medidas para a satisfação dos direitos transindividuais e nos *resultados* da convenção em termos de facilitação de sua tutela.

Por fim, tratamos brevemente do complexo tema da extensão do respectivo controle judicial, abrangendo todas as questões até aqui levantadas. Os efeitos do negócio jurídico são decorrentes da manifestação de vontade, de forma que não se confundem com requerimentos das partes ao juiz e não dependem de provimento jurisdicional. Pelo contrário, sendo a convenção válida, deve o juiz observá-la e adotar medidas para que seja cumprida. Quando celebradas para alterar mecanismos e situações processuais legalmente estipuladas no sistema processual coletivo, o controle judicial se torna mais intenso, devendo verificar a adequação de representação do legitimado e se a convenção não resulta em manifesto prejuízo aos direitos materiais transindividuais. A participação do Ministério Público como fiscal da lei decorre da previsão legal da obrigatoriedade de sua intervenção nos processos coletivos, devendo exercer função de fiscalizar a regularidade da representação e das convenções processuais, podendo apontar eventuais questões para cognição judicial no controle de validade.

Consideramos que a convencionalidade no âmbito processual coletivo representa uma valiosa possibilidade na tutela coletiva, permitindo a estruturação de soluções técnicas, adequadas, efetivas e eficientes para litígios complexos, que

envolvem direitos pertinentes a todo um conjunto de pessoas. A convenção processual, ao permitir a alteração do procedimento às especificidades do caso concreto, bem como a criação, modificação ou extinção de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais podem se apresentar como um mecanismo a mais na facilitação da tutela de direitos que dependem da atuação de entidades para a sua proteção jurídica. O desenvolvimento de estudos a respeito da extensão que alcança no plano processual coletivo, das variações que tem nas diferentes ações coletivas, dos mecanismos de controle, das possibilidades jurídicas, e do papel que pode desempenhar na densificação do imperativo constitucional do acesso à justiça, representa uma empreitada comprometida com o aperfeiçoamento das formas de tutela dos direitos e com sua efetividade prática.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado:** a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. Revista dos Tribunais | vol. 907 | p. 61 | Mai / 2011 | DTR\2011\1443.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law):** “mediação sem mediador”. Revista de Processo. vol. 259. p. 471-489. Set/2016.

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

CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”:** sobre a migração entre polos da demanda. Custos Legis (Revista Eletrônica do Ministério Público Federal). Ano 1. Número 1. 2009.

CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. **A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas.** Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 3, n. 1, p. 18 – 35, Brasília, Jan/Jun. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O processo como instituição de garantia.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em 09 out. 2019.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1984.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada**: autocomposição em direitos coletivos. Revista da Procuradoria-Geral do Espírito Santo. v. 15, n. 15, 1º/2º sem. 2017, p. 111-142.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coord). **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª série. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes**: negotiating agreement without giving in. 3. ed. (e-book) New York: Penguin Books, 2011.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas**. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDI, Antonio, **A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras**: Uma Proposta (Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal) (December 13, 2012). Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002; U of Houston Law Center No. 2007-A-41. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1016416>

LESSA NETO, João Luiz. **O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!** Revista de Processo. Vol. 244. p. 427-441, jun. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. **Mais que vencer**: negociando para criar valor em negócios e disputas. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. ISSN 1413-3873, Revista do Ministério Público Edição Comemorativa. Rio de Janeiro, 2015, p. 1137-1147.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. 231. Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2003, p. 129-156.

NOGUEIRA, Pedro. **Negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAATZ, Igor. **Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo**. RBDPro. ano 26. n. 101. p. 177-200. Belo Horizonte: jan./mar. 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**. Apresentação do debate. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2788, 18 fev. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18526>. Acesso em: 9 set. 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Building a pedagogy of problem-solving**: learning to choose among ADR processes. 5 Harvard Negotiation Law Review 113 (2000). Disponível em <https://scholarship.law.marquette.edu/facpub/271>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4, 2006, p. 23-51.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo. vol. 264. ano 42. p. 83-107. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 12 nov. 2018.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Negócios jurídicos processuais e a modulação do procedimento nas ações coletivas**. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, v. 3, n. 1, p. 75 - 96, Brasília, Jan-Jun. 2017.

VENTURI, Elton. **Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, (4), janeiro/abril de 1997, p. 13-39.

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

VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251, jan. 2016, p. 391-426.

ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de informação legislativa, v. 32, n. 127, p. 83-96, jul./set. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. Disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062876.pdf>>.