

NEGÓCIOS PROCESSUAIS COLETIVOS¹

COLLECTIVE PROCEDURAL TRANSACTIONS

Sabrina Nasser de Carvalho

Mestre e Doutora em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo. São Paulo/SP E-mail: sabrina.nasser@outlook.com

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto do negócio processual coletivo, seja em relação aos fundamentos jurídicos que o respaldam, seja no que se refere aos limites que o condicionam, de modo que os elementos publicistas relacionados à indisponibilidade destes direitos sejam devidamente observados.

PALAVRAS CHAVE: processo - coletivo – negócios – jurídicos - processuais

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the institute of the collective procedural transactions, either in relation to the legal foundations that support them, or with regard to the limits that condition it, so that the public elements related to the unavailability of these rights are duly observed.

KEYWORDS: process – collective - transactions – legal - procedural

Notas Introdutórias

Os institutos processuais que perfazem a processualística coletiva sempre foram analisados por uma tônica publicista, seja em razão da natureza de seu objeto subjacente, de *status* indisponível, seja em razão do espraçamento de sua titularidade, ou seja, o fato

¹ Artigo recebido em 21/10/2020 e aprovado em 15/04/2021.

deste direito material pertencer a uma coletividade, o que por si só já reflete um alto grau de interesse público.

Os negócios processuais, por outro lado, têm como premissa uma base parcialmente privatística, haja vista que o escopo é franquear poderes também às partes, e não apenas ao órgão julgador, para definir as situações processuais e o próprio procedimento, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Diante desta aparente contradição, a reflexão deste artigo pauta-se sobre os fundamentos e sobre os limites dos negócios processuais coletivos.

1. Da Autocomposição do Direito Coletivo ao Negócio Processual Coletivo

A discussão acerca da possibilidade de autocomposição dos direitos coletivos não é recente e, por isso mesmo, trata-se de matéria que já atingiu um razoável grau de amadurecimento perante a doutrina e a jurisprudência. Pode-se afirmar que, nos dias atuais, já se firmou uma ampla maioria pela possibilidade da autocomposição quanto a esta espécie de direitos². De fato, o que ainda resiste é a controvérsia sobre os limites que devem ser impostos à autocomposição do bem coletivo, dentro e fora do processo.

A dificuldade que encontrou a doutrina em entendê-la possível, no primeiro momento, foram de duas ordens: a primeira, relativa à indisponibilidade dos direitos coletivos, em especial dos direitos difusos (art. 81, § único, I, CDC) como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ou à moralidade administrativa. A segunda, diz respeito à moldura da legitimação no processo coletivo: legitimação extraordinária³, o que representa um terceiro em juízo, pleiteando direito que não lhe é próprio e sim titularizado por uma coletividade. O direito, portanto, não lhe pertence, o que, a princípio, poderia ser um sério óbice a qualquer meio de solução de conflitos que não a adjudicação.

² Em sentido contrário: Ricardo de Barros Leonel: “Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada “submissão”, não há transação, como usualmente é tratada, pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material”. (*Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 420).

³Sobre a natureza jurídica da legitimação de agir no Direito Processual Coletivo há três correntes doutrinárias: a primeira de Kazuo Watanabe, que defende tratar-se de legitimação ordinária; a segunda, capitaneada por Barbosa Moreira, defende tratar-se de legitimação extraordinária por substituição processual; e a quarta, de gênese alemã, entende tratar-se de legitimação autônoma para a condução do processo. Enquanto às demais buscam explicação na relação entre direito material e processo, a segunda propõe um rompimento destes dois elementos, sob o argumento de que, na processualística coletiva o instituto da legitimação pode tornar-se um instituto eminentemente processual.

Mas, aos poucos, a doutrina bem compreendeu que autocomposição dos direitos coletivos não implica, necessariamente, na renúncia⁴ de parte de seu conteúdo e que a transigibilidade pode recair sobre aspectos alheios ao conteúdo do direito material, de forma a não macular o seu *status* de indisponibilidade. Isso porque o acordo pode versar sobre os meios e sobre as formas para a sua efetivação, não resvalando no conteúdo de direito material e, conseqüentemente, no seu *status* de indisponibilidade⁵. Este é o fundamento clássico colhido na doutrina para justificar que a autocomposição é sim aplicável aos direitos coletivos.

Mas há quem vá além. Identificam-se vozes que defendem que é possível transcender a limitação dos aspectos meramente formais da autocomposição dos direitos coletivos para alcançar o seu conteúdo, nos casos em que há razoável fundamento que demonstre que o acordo entabulado garante a máxima efetividade ao direito no caso concreto, superando as expectativas que poderiam ter sido alcançadas na adjudicação⁶. Outros, ainda mais ousados, perfilham a tese de que há graus de indisponibilidade do interesse público e, por isso, em alguma medida, permitem-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas⁷, desde que não arranhem o núcleo central do direito, mas atinja apenas a obrigação periférica⁸. Esta última proposta é de mitigação do dogma da indisponibilidade do interesse público, o que parece fazer todo o sentido quando se examinam os casos práticos e jurisprudenciais⁹.

⁴ Autocomposição é gênero de que são espécies a renúncia, a submissão ou a transação. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 417).

⁵ Para Daniel Neves Amorim Assunção, o TAC tem natureza jurídica de transação. No ensinamento do autor, a pretensão do legitimado coletivo tem sempre dois aspectos: processual e material. Assim, o acordo em termos de direitos coletivos engloba apenas o aspecto processual, portanto, a forma, modo e tempo de cumprimento de obrigações reconhecidas por uma das partes. (Ibidem, p. 420).

⁶ “Não há, pois, verdadeira disposição ou disponibilidade sobre direitos e interesses coletivos na disciplina construída consensualmente entre aqueles que foram por lei, legitimados para a defesa desses direitos e interesses e aqueles que devem implementá-los. Há ai concretização de direito, e não disposição”. (Gavrosnki. Alexandre Amaral, *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 400).

⁷ CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI Jr., Hermes (coord.). *Processo Coletivo. Repercussões do Novo CPC*. Salvador: JusPodiVim. 2016. p. 321.

⁸ Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. Acordo em Litígios Coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/15 e da Lei da Mediação. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 02, mai a agost. de 2018.

⁹ “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, bens e interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista

Na verdade, é difícil negar a autocomposição aplicada ao direito coletivo quando o próprio microsistema processual coletivo traz em seu arcabouço instrumento específico destinado a ela, inclusive fora dos lindes jurisdicionais, portanto, mesmo sem o controle prévio do órgão julgador. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) está positivado na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, artigo 5º, § 6º), que prescreve que os órgãos públicos legitimados podem tomar “dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais”. Em uma leitura interpretativa, a doutrina extrai deste artigo a normativa que respalda a autocomposição em matéria de direitos coletivos, inclusive no âmbito extrajudicial¹⁰.

Para corroborar os argumentos acima, citam-se outras leis que reforçam a tese de que indisponibilidade não repele a autocomposição, a exemplo da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), no seu artigo 3º, parágrafo 2º, que dispõe ser possível direitos indisponíveis transacionáveis, desde que homologados judicialmente, e a Lei 13.964/2019, que alterou o artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e passou a admitir *acordos de não persecução cível*, revogando a redação anterior que proibia “transação, acordo ou conciliação” em processo de improbidade administrativa.

Por fim, vale mencionar o comprometimento do CPC/2015 com um sistema multiportas, trazendo em seu arcabouço normativo inúmeros mecanismos de autocomposição, em verdadeiro incentivo às soluções cooperativas e consensuadas¹¹. Considerando da importância do tema, não há como o microsistema processual coletivo não se deixar permear pelos rumos da solução consensual do conflito trazida pelo CPC/15, até porque este último diploma processual, por ser bem mais recente e

que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado na instância recursal (Súm 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (STF. RE 253885, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002). “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra”. (STJ, 2ª T., REsp n. 299.400/RJ, Min. Peça Martins, DJ em 01.06.2006).

¹⁰ Fala-se na doutrina de TAC judicial, ou seja, homologado pelo órgão julgador. Neste caso, não há restrição aos órgãos públicos. (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 234).

¹¹ Entre os dispositivos mais importantes, citam-se: art. 6º; art. 3º, §2º e 3º; art. 165 a 175; art. 139, V; art. 334, CPC/15.

atualizado, traz princípios mais modernos e mais consentâneos com as necessidades sociais prementes¹², não podendo, portanto, ser ignorado pela processualística coletiva. Diante deste arcabouço normativo, inegável a opção político-legislativa pela possibilidade de autocomposição dos direitos coletivos.

Partindo destas premissas, que se amoldam às idiossincrasias do processo coletivo e, portanto, que respondem muito bem aos óbices que, *prima facie*, foram opostos para a autocomposição ganhar espaço e importância no processo coletivo, abrem-se também as portas para outros negócios jurídicos floresçam nesta seara. Afinal, se há abertura normativa para autocomposição do direito substancial subjacente ao processo coletivo, qual a razão de elidir negócios jurídicos quanto ao seu instrumento? Se há autorização para alterar diretamente o resultado da concretização do direito por meio de soluções consensuais, porque haveria óbices para negociar cláusulas quanto aos meios que levam a esta concretização do direito material aplicado ao caso concreto? Em suma, se pode o mais, pode também o menos¹³.

À primeira vista, esta afirmação pode parecer simplista, mas se trata do fundamento mais difícil de ser repellido quando o escopo é defender os negócios processuais frente ao publicismo do processo civil. Afinal, o hiperpublicismo torna-se escancarado quando se percebe a grande contradição do sistema, que permite a renúncia do direito material, mas repele por completo a possibilidade de as partes poderem delinear o procedimento, o instrumento que leva à sua efetivação. Nas palavras de Antônio Cabral, “o inchaço dos poderes dos do magistrado, nota mais sensível do publicismo exarcebado, sufocou as prerrogativas das partes, alimentando a premissa não justificada de que a solução para o conflito judicializado só pode ser tomada pelo Estado-juiz ao aplicar as normas legisladas”¹⁴.

¹² “(...) o CPC-15, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microssistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microssistema novas normas jurídicas. A relação com o microssistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microssistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta”. (DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Salvador: JusPodiVm. 2018. p. 61-62).

¹³ Esta também é a *ratio* da normativa que contempla a cláusula geral de negociação sobre o processo, art. 190, CPC, que condiciona a aplicabilidade aos direitos que admitam a composição.

¹⁴ *Convenções Processuais. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodiVm. 2020. p. 169.

De todo modo, este importante fundamento garante apenas o primeiro passo, o de que os acordos atinentes às regras processuais estão, a primeira vista, autorizados na dinâmica processual coletiva. Da mesma forma que a autocomposição não é mais posta em xeque pela doutrina, mas encontra, por outro lado, rígidos limites no processo coletivo, esta natureza de indisponibilidade também repercute no seu instrumento veiculador, que exigirá muros bem definidos para resguardar conteúdos processuais que devem ficar incólumes para que os escopos do processo¹⁵ sejam cumpridos.

A propósito, os questionamentos que pairam sobre a autorização da autocomposição atinente ao direito material muito se aproximam dos questionamentos que também permeiam os acordos entre as partes quanto ao esquema processual da demanda coletiva¹⁶. Retornam-se às mesmas indagações iniciais: qual o limite da indisponibilidade da normativa que rege especificadamente o procedimento coletivo? Quais seriam as normas processuais cogentes e, portanto, indisponíveis à negociação das partes? E, ainda, qual o fundamento que autoriza um substituto processual, a quem, portanto, não pertence o direito em pauta, dispor sobre a estrutura do procedimento?

O presente ensaio concentra-se na reflexão sobre estes questionamentos.

2. Os Fundamentos Principlológicos dos Negócios Processuais Coletivo

O *negócio jurídico processual*¹⁷ é conceituado como “ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação

¹⁵ Cândido Dinamarco vislumbra vários escopos do processo que se relacionam aos fins públicos. O escopo jurídico visa à concretização do direito objetivo. A eliminação das insatisfações revela o escopo social do processo, pacificando os conflitos de interesses. O escopo político do processo passa pela visão do processo enquanto instrumento para o exercício do poder, restringindo-o e limitando-o. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2009).

¹⁶ Pontua-se, então, que o conceito de negócio jurídico processual não se confunde com o conceito de autocomposição, pois este último refere-se apenas à negociação do objeto litigioso. (Didier Jr., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. In: Didier Jr., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus PodiVm, 2018. p. 30).

¹⁷ Existe controvérsia doutrinária acerca do conceito de negócio jurídico processual. Fredie Didier entende que autocomposição diz respeito apenas ao acordo atinente ao objeto litigioso e os negócios jurídicos processuais, apenas atinente às situações jurídicas processuais ou ao procedimento. (Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: Didier Jr., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus PodiVm, 2018. p. 30). Já para José Rogério Cruz e Tucci, negócio jurídico processual é gênero de que são espécies o negócio jurídico processual em sentido estrito, que tem por objeto direito substancial, e a convenção processual, que concerne aos acordos entre as partes sobre matéria estritamente processual (Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) *Negócios Processuais*. Tomo 1. Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodiVm, 2019. p. 30 2019).

ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico”¹⁸. Em outros termos: dentro dos esquadros legais, a voluntariedade das partes está autorizada a se sobrepor ao ordenamento jurídico, ou seja, alterar a prescrição legal atinente aos poderes e direitos subjetivos ou potestativos processuais ou, até mesmo, o *iter* procedimental, tudo isso preconizado sobre o poder que cada jurisdicionado tem de interferir diretamente no procedimento que definirá o rumo de interpretação e efetivação de seu direito.

Apesar de os negócios jurídicos estarem entre os pontos mais discutidos pela doutrina no momento atual, vale ressaltar que o instituto não é inédito, já que o CPC-73 previa hipóteses que se enquadravam perfeitamente no conceito acima delimitado¹⁹. Na verdade, o ineditismo está na cláusula geral, inscrita no artigo 190, CPC-15, que autoriza os negócios jurídicos atípicos. A inserção deste dispositivo no diploma processual foi suficiente para se alterar o paradigma: retirou, em definitivo, da esfera privatista a expressão “negócio jurídico”, colocando-a como possibilidade generalizada de se retirar do monopólio estatal a metodologia do processo²⁰.

Segundo a doutrina, a razão da desconstituição do dogma de que os institutos processuais estariam necessariamente sob o manto da natureza pública, que perfizeram a Ciência Processual por séculos²¹, está preconizada, fundamentalmente, sobre o direito constitucional à liberdade (art. 5º, *caput*, CF/88), consubstanciando o *princípio do*

¹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodiVm, 2020. p. 153.

¹⁹ Inúmeros negócios jurídicos processuais estavam previstos no CPC-73. Entre os destaques estão o acordo de eleição de foro (art. 111), convenção sobre prazos dilatatórios (art. 181), convenção para a suspensão do processo (arts. 265, II e 792), convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), escolha do juízo de execução (art. 475-P, parágrafo único), entre outros.

²⁰ Após afirmar que o CPC-15 baseou-se em três novidades muito significativas, quais sejam, o princípio da adequação procedimental, cláusula geral de atipicidade de negócios processuais e o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, conclui Bruno Garcia Redondo: “O sistema do CPC-15 é baseado, portanto, em premissas profundamente diferentes das que imperaram durante a égide do Código de 1973: ampliação dos poderes das partes para adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. (Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.). *Negócios Processuais*. Tomo 1. Salvador: JusPodiVm, 2019. p. 406).

²¹ Até meados do século XIX, vigorava a concepção privatista da jurisdição, sendo o processo visto como “coisa das partes”. Foi com a obra de Oskar Büllow que a ideologia privatista foi alterada, passando para o espectro público, em que o papel do Estado passava a ter lugar de amplo destaque, reduzindo-se amplamente a margem de dispositividade das partes. Iniciava-se a fase autonomista e publicista do processo civil. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. I. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 260-262).

*respeito ao autorregramento da vontade*²². A racionalidade deste princípio segue a seguinte lógica: se o objetivo do processo é a tutela dos direitos materiais e estes são titularizados pelas partes, são estas as efetivas titulares de determinadas situações processuais e não o juiz ou o Estado, e, em consequência, elas podem desfrutar de maiores poderes de regulamentação²³. A liberdade está na autodeterminação, pelo indivíduo, de “regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas”²⁴.

A defesa do direito fundamental à liberdade aplicada ao processo percorre as linhas de que uma dose de privatismo retira do processo do viés autoritário²⁵. A soberania da regência do processo pelas leis ou pelo aumento dos poderes do juiz, denominada de “socialização” do processo, é vista, por seus críticos, pela perspectiva de uma ideologia autoritária, responsável por romper com as garantias pertencentes às partes, inclusive, retirando-as da condução do processo. É como se franqueasse ao Estado o alcance da busca pelo juiz da verdadeira “justiça”, apesar das partes²⁶, excluindo-as por completo.

Aos poucos, o valor *liberdade* conseguiu romper com dogmas seculares do publicismo no processo civil e se tornar âncora da garantia do devido processo legal. Afinal, “um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira”²⁷.

²² Para Guilherme Henrique Lage Faria, a defesa do autorregramento da vontade no processo não pode ser vista como defesa de um processo estruturado em um modelo adversarial, pois a liberdade das partes convive com os poderes do órgão jurisdicional. Em suas palavras: “Assim, o autorregramento da vontade deve ser lido como uma decorrência da perspectiva híbrida do processo, uma vez que o déficit democrático que se vê no processo civil não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo judicial, bem como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos do processo”. (Negócios processuais no modelo constitucional do processo. Salvador: JusPodiVm, 2019. p. 119).

²³ REDONDO, Bruno Garcia. *Idem.* p. 406.

²⁴ DIDIER, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais.* Salvador: JusPodiVm, 2018. p. 18.

²⁵ “O discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil”. (DIDIER Jr., Fredie. *Idem.* p. 19).

²⁶ Para esta doutrina, as leis processuais dos períodos autoritários outorgavam mais poderes ao órgão julgador na direção do processo, demonstrando, assim, a preponderância do público sobre os interesses e garantias de seus súditos. (AROCA, Juan Montero. *El Proceso Civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária.* In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006. p. 141). “Pero, sobre todo, hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes Del juez han sido dictados – y no será por causalidad – por regímenes políticos autoritarios, regímenes en los que se há limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni um sueño producto de la imaginación, es un hecho”. (AROCA, Juan Montero. *El Proceso Civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária.* In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006. p. 141).

²⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Idem.* p. 19.

Não há dúvidas de que, quando se fala em *liberdade*, que integra o *princípio do respeito ao autoregramento da vontade* no âmbito da cláusula geral de convencionalidade processual, não se está falando em liberdade ampla, irrestrita. Como será abordado mais a frente, os negócios processuais, para a sua validade, têm que cumprir determinados requisitos, os quais representam limites intransponíveis à autonomia privada das partes. De todo modo, dentro destes limites, a liberdade é ampla, discricionária, ou seja, depende de uma escolha livre pelas partes. Pelo princípio do autorregramento da vontade dos negócios processuais, tudo que não é proibido, é permitido, uma espécie de *in dubio pro libertate*²⁸. Isso quer dizer que, em regra, a preponderância deve ser dada à vontade das partes sobre a do juiz. Na dúvida, a interpretação é em favor da liberdade do que foi pactuado. Seguir esta linha significa, por exemplo, exigir um ônus argumentativo maior do órgão julgador para considerar inválidas as convenções processuais²⁹. A exceção, portanto, é afastá-las e a regra é mantê-las, de modo a privilegiar a liberdade e a vontade das partes.

Mas será que o fundamento do direito à liberdade das partes, tão em voga pela doutrina atual, pode ser transposto ao processo coletivo? A reflexão é se o princípio do *autoregramento da vontade*, que se consubstancia na liberdade das partes de fazer escolhas segundo as suas convicções, serve de engrenagem aos acordos sobre o modo de ser do processo e de seus atos, quando o objeto subjacente refere-se a direitos pertencentes a uma coletividade. Pode-se falar em *in dubio pro libertate* no processo coletivo?

Liberdade e autonomia da vontade não são predicados atrelados ao condutor do processo coletivo. Ao contrário, a doutrina sempre fez questão de reforçar a necessidade de uma dose extra de publicismo³⁰ quando comparada ao processo individual, a exemplo

²⁸ A expressão é de Peter Schlosser, que tenta inspirar a avaliação da atividade consensual das partes no processo civil de acordo com o critério *in dubio pro libertate*. (Caponi, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Vol. XIII. Rio de Janeiro).

²⁹ Para Antônio Cabral, nosso ordenamento jurídico fez uma escolha para estabelecer preferência pela liberdade convencional, o que se pode depreender do § único do artigo 190 do CPC, que dispõe que o juiz a recusará “somente” nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em situação de vulnerabilidade. (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 181).

³⁰ Esta dose extra de publicismo está relacionada à importância da ação coletiva como *locus* para suprir deficiências do processo político: “A prestação jurisdicional pretendida nas ações coletivas, embora tendo por base a própria atividade reguladora estatal, tem como objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais ou decorrentes de opções valorativas realizadas pela Constituição. Nessa medida, a tutela jurisdicional pode dirigir-se tanto à implementação direta daqueles objetivos, exigindo de

da defesa do aumento dos poderes do órgão julgador no processo coletivo³¹, justificado em razão do interesse público que está por trás do procedimento, que exige um direcionamento maior do magistrado para a consecução de um resultado substancialmente justo³². Chega-se até mesmo a defender, como já defendido³³, que o magistrado tem o poder de dizer se o legitimado coletivo atua, no caso concreto, de forma adequada à condução de um processo que veicula direitos de um grupo ou de toda a sociedade. Esse exemplo já dá a dimensão da pesada carga de publicismo e do controle pelo Estado do procedimento coletivo.

Quando se pensa na arquitetura da processualística coletiva, é forçoso reconhecer que o valor *liberdade* toma dimensões bem mais reduzidas, em todos os aspectos. A disponibilidade de direitos escorre das mãos de um legitimado coletivo, que é apenas um porta-voz dos interesses de um grupo, classe ou de toda a sociedade. Aqui cai por terra a teoria da aplicação do valor liberdade aos negócios processuais, porque a voluntariedade, compreendida por uma perspectiva do subjetivismo do legitimado, o “senhor de seu próprio destino”, faz pouco sentido, pois o direito não lhe pertence e, assim, não está na sua esfera de disponibilidade.

Pode-se aventar a defesa de um direito à liberdade da coletividade para a escolha de seus próprios rumos. Mas é sabido que a “conflituosidade interna” é característica intrínseca aos direitos difusos³⁴, de tal modo que dificilmente haveria convergência dos indivíduos que a constituem sobre um modelo “ótimo” de procedimento a se adotar. No

particulares o cumprimento de determinadas posturas legais, ou como ao próprio Estado, para que atenda a obrigações legais de realizar determinada providência ou de exercer seu poder de política, levando em conta, inclusive, a possibilidade de agências ou órgãos públicos haverem sido “capturados” ou “cooptados” por interesses puramente privados. Neste último caso, o processo judicial se presta a suprir deficiências do processo político”. (SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57).

³¹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 646.

³² “A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensão às questões a ele sujeitas”. (ARENHART, Sérgio Cruz. Ações Coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 506-507).

³³ Cf: CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processo coletivo e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente. 2016. p. 185-205.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito, legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 110-117.

processo coletivo, não haveria como delinear um processo para cada indivíduo do grupo “chamar de seu”³⁵.

Ou, ainda, poder-se-ia defender que o legitimado coletivo, enquanto representante adequado, teria a possibilidade de exercer esta escolha em nome da coletividade, fazendo valer o “direito à liberdade” do grupo, que o gozaria *pele* processo e não *no* processo³⁶. Contudo, a indivisibilidade, que leva à uniformidade, é, de certa forma, incompatível com o direito individual de autodeterminar-se, de autorregrar-se, que tem como elemento imprescindível a autonomia privada.

Malgrado o *direito à liberdade* não se ajuste ao processo coletivo, isso não quer dizer que o instituto dos negócios processuais a ele não sejam aplicáveis. Se a tipologia do processo individual é diversa do processo coletivo, nada mais natural de que os fundamentos de determinados institutos também sejam diversos. Neste sentido, é forçoso reconhecer que o *princípio do autogoverno da vontade* ocupa um papel extremamente importante para respaldar os negócios jurídicos processuais na tipologia da demanda individual, porém, quando se trata de demanda coletiva, seus fundamentos teóricos deslocam-se para outros princípios.

No caso dos processos coletivos, é o *Princípio da Cooperação* e da *Flexibilidade procedimental ou Adequação Processual* que ganham relevância e franqueiam esteio à permissibilidade dos negócios jurídicos processuais.

O *Princípio da cooperação processual* (art. 3º, CPC-15) desponta no atual contexto de difusão de estruturas consensuais de normatividade no âmbito do Processo Civil, que tem como premissa a simetria entre os sujeitos processuais da demanda. Substitui-se aquela visão de inferioridade das partes, de apenas se limitar a formular o pedido, e o órgão julgador, dotado de um poder de autoridade, ser o único responsável por decidir com base na legislação posta³⁷. A proposta de um modelo cooperativo é, de

³⁵ TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-para-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

³⁶ MIRRA, Álvaro Luís Valery. *Participação, Processo Civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese de Doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Cândido Rangel Dinamarco, 2010. p. 155.

³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodiVm. 2019. p. 54.

modo dialógico, circular e pluralista, integrar as partes para que estas também possam ser responsáveis pela construção da decisão que irá recair sobre o seu patrimônio jurídico. Afinal, se o processo é democrático e participativo, tônica, a propósito, bastante defendida no processo coletivo³⁸, isso deve significar que as partes também podem interferir no procedimento e nas situações jurídicas processuais. E como já bem esclareceu a doutrina, o modelo cooperativo não significa imergir o processo na ideologia privatista, mas reconhecer que às partes, assim como ao órgão julgador, podem também ser franqueados poderes para a definição de um modelo mais adequado e, conseqüentemente, mais justo de se alcançar a justiça substancial. O publicismo não apenas convive, mas também se deixa aperfeiçoar pelo cooperativismo das partes³⁹, sem que isso se torne uma contradição em termos.

O Princípio da Flexibilidade ou Adequação Processual, erigido a um princípio do Direito Processual Civil⁴⁰, é compreendido como a exigência de que o procedimento se adapte às peculiaridades do caso concreto e às necessidades do direito substancial subjacente. Se o processo é um instrumento para a concretização do direito material, nada mais natural do que o instrumento se deixar moldar em prol da efetividade de seu objeto.

Não obstante este princípio poder se perfazer nas esferas legislativa e judicial, também encontra no âmbito negocial a possibilidade de aplicação. A visão sistêmica de cooperação, consensualidade e comparticipação dialoga com a flexibilidade procedimental, culminando no que se convencionou chamar de *flexibilização procedimental voluntária*⁴¹, que nada mais é do que a permissibilidade dos negócios jurídicos processuais. Confere-se também às partes o poder de construir os meios para se obter maior eficiência processual, de modo a reforçar o devido processo legal. Em um

³⁸ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, estamos no caminho de superar a concepção de democracia representatividade para acendermos à democracia participativa, sendo a via jurisdicional um canal legítimo para a participação popular. (*Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 132).

³⁹ No entendimento de Bruno Garcia Redondo, nosso ordenamento jurídico pode ser classificado como publicismo-cooperativo. (*Negócios Processuais Atípicos*. Salvador: JusPodiVm, 2020. p. 56).

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo ao processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160-165.

⁴¹ “Lícito, portanto, que a parte autora eleja o procedimento que lhe pareça mais adequado, ainda que haja no sistema indicação de um outro *iter* a ser seguido, devendo o órgão julgador, desde que a forma seja apta a tutelar o direito e não haja prejuízo efetivo à parte adversa, respeitar esta escolha”. (GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215).

modelo cooperativo, se este poder é conferido para o órgão julgador, não haveria razão de escapar às partes.

A adaptabilidade procedimental faz muito sentido no âmbito do processo coletivo. A complexidade de cada direito coletivo e, conseqüentemente, a desconexão com um procedimento padrão, descortina um campo fértil para os negócios jurídicos processuais no âmbito da processualística coletiva. E são as partes que melhor conhecem as idiosincrasias do objeto litigioso e, desta forma, podem concorrer com grande contribuição para o aperfeiçoamento de um procedimento razoavelmente justo.

Atente-se apenas que o fundamento autorizador desta flexibilização processual outorgada às partes é a necessária demonstração de maior racionalização⁴², eficiência procedimental, sem esbarrar em qualquer restrição de garantias para a concretização dos direitos coletivos. Reconhecer este poder ao legitimado coletivo não quer dizer dar “cartão verde” para o exercício da livre escolha, do voluntarismo sobreposto à norma. Neste caso, não há um *in dubio pro libertate*, pois o negócio processual já tem um vetor a ser seguido. Em conclusão, quando se afirma que o direito à liberdade não serve de fundamento ao processo coletivo, a consequência desta assertiva é a maior limitação quanto à abertura para os acordos processuais e, ainda, um controle mais amplo destas convenções entre as partes formais do processo. Trata-se de permitir a ingerência das partes no delineamento do procedimento, não porque seja possível despejar uma dose de privatismo nesta tipologia processual, mas porque se reconhece que modelos procedimentais padrões podem não ser eficientes para lidar com as complexidades das diversas naturezas dos direitos coletivos e que as partes, em determinados aspectos, podem contribuir para a formatação de um modelo mais adaptável à situação concreta. Mas, vale repisar, não há discricionariedade do legitimado coletivo, não há ato meramente volitivo, ou seja, não se trata de uma verdadeira escolha, ainda que dentro dos limites legais, do legitimado. Pode até haver disponibilidade de determinadas normas processuais, no entanto, assim como na autocomposição, trata-se de discricionariedade

⁴² No entendimento de Flávio Luiz Yarshell, a racionalização do processo é condição *sine qua non* para a validade jurídica para todo negócio jurídico processual: “Pode soar óbvio, mas convém lembrar que a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo; e não torná-lo menos eficiente”. (Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodiVm. 2019. p. 80).

condicionada à justificativa de maior eficiência do procedimento à concretização do direito coletivo. Caso contrário, o negócio processual não se mostra válido.

3. Os limites dos negócios processuais coletivos

Se antes do Código de Processo Civil de 2015 a controvérsia doutrinária girava em torno da admissibilidade⁴³ ou não⁴⁴ dos negócios jurídicos processuais em nosso ordenamento jurídico, após a positivação da “cláusula aberta negocial”⁴⁵, inscrita no art. 90 do CPC-15, esta dúvida foi eliminada e as discussões passaram a se concentrar, primordialmente, sobre todas as nuances que permeiam os limites da negociação processual atípica.

A compreensão destes limites inicia-se com a observância dos requisitos de gerais de validade dos negócios jurídicos, que são os mesmos do instituto de direito material (art. 104, 166 e 167 do Código Civil) i) pessoa capaz; ii) objeto lícito; iii) observância à forma prescrita ou não defesa em lei; iv) a ausência de vícios de vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão). Em determinados aspectos, estes requisitos devem ganhar novas configurações para bem se adequar à sistemática da processualística coletiva.

O primeiro requisito, da “capacidade”, refere-se à *capacidade processual negocial*⁴⁶, no caso do processo coletivo, *capacidade processual negocial coletiva*. Isso quer dizer que, além de estar incluído no rol legal taxativo para conduzir e gerir o processo coletivo, portanto, ter legitimação coletiva (no caso da ação civil pública, art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 do CDC), deve ainda a parte deter “legitimação negocial coletiva”⁴⁷.

⁴³ José Carlos Barbosa Moreira, em texto antigo, deixou clara a possibilidade de convenções das partes sobre matéria processual em nosso ordenamento jurídico, à luz do CPC-73. (Convenções das partes sobre matéria processual. In: *Temas de direito processual* – terceira série. São Paulo. Saraiva, 1984. p. 87-98).

⁴⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, não seria possível a existência de negócios jurídicos processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei e não da vontade. (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2, p. 484).

⁴⁵ O termo “cláusula aberta negocial” é utilizada para referir aos negócios jurídicos bilaterais atípicos introduzidos pelo art. 190 do CPC/15, a fim de diferenciá-los dos tradicionais negócios jurídicos processuais. (MOTTA, Cristina Reindolff da; MÖLLER, Gabriela Samrsla. A abertura hermenêutica das convenções processuais à execução: pela busca da satisfatividade da tutela do direito material. In: MARCATO, Ana [et. all]. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85).

⁴⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro. 2007. p. 13-14.

⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 348.

Esta última qualidade especial está inserida dentro do contexto de *representatividade adequada*⁴⁸, que exige que o portador dos interesses do grupo apresente adequadas condições de seriedade e idoneidade na condução do processo⁴⁹, visando à proteção vigorosa dos interesses dos representados. Infere-se, então, que a representatividade adequada contempla a exigibilidade da capacidade técnica do legitimado coletivo de bem conduzir o processo coletivo, exigindo-se uma *performance* à altura da importância do objeto coletivo que está em jogo. Cumprida esta faceta da representatividade adequada, afasta-se a vulnerabilidade processual, requisito de validade expressamente discriminado no artigo 190 do CPC⁵⁰, que tem o escopo de repelir qualquer situação de desigualdade e desequilíbrio projetada na relação processual.

Para além da capacidade técnica, a representatividade adequada se perfaz também na aferição da plena capacidade de defesa dos interesses comuns de toda a classe⁵¹, do verdadeiro comprometimento ideológico do representante com o objeto litigioso, o que os tribunais convencionaram de chamar de *pertinência temática*⁵². Assim, o Ministério Público pode apenas convencionar acerca dos aspectos processuais e materiais nas ações em que figure como parte e haja interesse social relevante⁵³; a Defensoria Pública, quando

⁴⁸ A “adequacy of representation ocupa uma função essencial no modelo das *class actions* por se tratar de corolário da garantia processual do contraditório (*right to be heard*) dos membros ausentes. (GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas em Estados Unidos”. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em una perspectiva comparada*. Mexico: Editorial Porrúa, 2003, p. 6).

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords). *Direito Processual Coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo. RT, 2007. p. 14.

⁵⁰ Para Fredie Didier, o requisito de vulnerabilidade inscrito no artigo 190, parágrafo único do CPC, é uma hipótese de incapacidade processual (Ibidem. p. 35). Em sentido contrário, Flávio Luiz Yarshell entende igualdade material entre as partes não se confunde com capacidade. (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 63-80).

⁵¹ Segundo Antônio Gidi, o requisito da representatividade adequada é constituído por dois elementos: o primeiro diz respeito à vigorosa tutela dos interesses dos membros e a segunda, a ausência de antagonismo ou conflito de interesses do representante com o grupo. (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p. 104).

⁵² Este comprometimento ideológico do legitimado coletivo com o objeto litigioso é denominado pela jurisprudência de *pertinência temática*. Assim, a pertinência temática representa uma das facetas da representatividade adequada, mas seu espectro é mais reduzido do que esta última.

⁵³ O interesse social relevante ou qualificado é critério de legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos. (STF, RE 631111, rel. Teori Zavaski, julgamento 07/08/2014).

estejam presentes os interesses de necessitados⁵⁴; as associações, quando o objeto litigioso estiver entre seus fins institucionais⁵⁵.

Ainda, a adequada representação do legitimado coletivo pressupõe o seu agir nas trilhas do princípio da boa-fé, portanto, autoriza um rígido controle para afastar fraudes, assim como todo e qualquer vício de vontade⁵⁶.

Mas qual instrumento podem os legitimados se valer para firmar as cláusulas negociais? Estas conclusões levam à reflexão acerca do outro requisito de validade, o da forma prescrita ou defesa em lei. Nosso ordenamento jurídico já adianta que acordo verbal ou negócio processual firmado em contrato de adesão não cumpre este requisito de validade (art. 190 *caput* e parágrafo único do CPC). Mas no processo coletivo há outro ponto de reflexão: as convenções processuais firmadas fora do processo, sem, portanto, controle judicial, não é irrestrita a qualquer legitimado. A autorização para as convenções processuais extrajudiciais pelos legitimados coletivos segue a mesma lógica da autocomposição dos direitos coletivos: somente aqueles que têm autorização legal podem fazê-lo. Isso quer dizer que somente aqueles que podem figurar como tomadores de ajustamento de conduta (TAC) estão autorizados a firmar convenções processuais coletivas, portanto, apenas os órgãos públicos⁵⁷, característica, a propósito, que também se presta a demonstrar o caráter mais publicista da tutela coletiva. Têm ainda atribuição para firmar negócios processuais fora do processo aqueles que, por lei, estão autorizados a subscrever as convenções coletivas, como as entidades civis de consumidores e fornecedores (art. 107, CDC), e os sindicatos de trabalhadores e empregadores (art. 611 da CLT)⁵⁸. Os demais estão autorizados a fazê-lo apenas no bojo do processo judicial⁵⁹, portanto, estão autorizados a firmar cláusulas processuais com a participação obrigatória

⁵⁴ O STF, no julgamento da ADIn 3.943, entendeu que o termo necessitado deve ser interpretado *lato sensu*, abrangendo os vulneráveis do ponto de vista financeiro e do ponto de vista organizacional.

⁵⁵ Art. 82, IV, § 1º do CDC.

⁵⁶ Em termos processuais, os vícios de vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão) representam a observância dos deveres da cooperação e da boa-fé entre as partes.

⁵⁷ Art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85.

⁵⁸ No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 39, pela Resolução 203/2016, entendendo que o artigo 190 do CPC não se aplica ao processo coletivo do trabalho.

⁵⁹ “Mesmo os legitimados coletivos não habilitados a celebrar compromisso de ajustamento de conduta podem realizar negociações processuais sobre os direitos processuais de que são titulares (v.g. em ação civil pública proposta por determinada associação é possível que se convençione um rito específico, a escolha consensual de um perito etc.)”. (NOGUEIRA, Pedro. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodiVm, 2020. p. 302-303).

do órgão julgador. De todo modo, tanto os TACs extrajudiciais, como as convenções coletivas, também podem passar pelo crivo judicial quando tiverem sua validade totalmente ou parcialmente questionada, mas da chancela judicial não dependem para ter eficácia imediata (art. 200, CPC).

Passa-se à análise do requisito da licitude do objeto. Sobre este ponto, a doutrina ressalta que o negócio processual não pode esbarrar em normas cogentes, ou seja, deve observância obrigatória ao que está descrito neste tipo de norma ou observância naquilo em que há proibição expressa. A conduta contrária à norma cogente configura ato ilícito e gera condutas punitivas, a exemplo da nulidade.

Segundo Marcos Bernandes de Mello⁶⁰, normas cogentes são aquelas que dispõem imperativamente, impondo ou proibindo determinada conduta. Então, toda previsão legislativa de natureza processual é uma imposição imperativa? Para Cabral, a resposta é negativa, sendo necessário desconstruir este falso dogma gerado pelo hiperpublicismo do processo civil⁶¹. Na compreensão do autor, “muitas normas processuais não são cogentes, mas sim estabelecidas no interesse dos litigantes e, portanto, dentro da esfera de sua esfera de disponibilidade”⁶².

Mas o próprio autor reconhece que aferir esta “disponibilidade” não é questão fácil e acaba por despertar inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência. A resposta mais comum ao dogma da indisponibilidade das normas processuais preconiza-se sobre o interesse público. No entanto, Cabral trata de afastá-lo como óbice às convenções processuais, porque, segundo o autor, em todo o processo há uma simbiose entre público e privado e estes elementos devem conviver equilibradamente. Por esta mesma razão, já restou superada a questão de a Fazenda Pública celebrar acordos processuais, inclusive utilizar-se da arbitragem⁶³.

Se por um lado nem tudo que é processual é de interesse público e, mesmo que haja interesse público, isso, por si, não é suficiente para repelir os negócios processuais, por outro, há normas que se destinam claramente à proteção de direitos indisponíveis.

⁶⁰ MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. Saraiva, 2007. p. 76-77.

⁶¹ “O hiperpublicismo gerou ainda outro dogma, segundo o qual toda norma processual é cogente, imperativa, inderrogável, cimentando a falsa premissa de que as partes no processo só poderiam dispor das raras supletivas, mesmo no processo civil”. (*Convenções Processuais*. JusPodiVm: Salvador, 2020. p. 204).

⁶² *Idem*. p. 204.

⁶³ Art. 1º, § 1º, Lei 9.307/96.

Neste caso, a convencionalidade não pode superá-las, pois tais normas são tidas como inafastáveis, já que criadas para a proteção de alguma finalidade pública⁶⁴. Isso quer dizer, por exemplo, que a competência definida pelo local do dano (critério do resultado), nos art. 2º e art. 93, CDC, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), não pode ser alterada por convenção entre as partes, pois está preconizada sobre o interesse público, mais especificadamente, sobre o Princípio da Competência Adequada⁶⁵. Da mesma forma, não está na esfera de disponibilidade das partes convencionar que a coisa julgada no processo coletivo não se projetará *secundum eventum probationis*⁶⁶ para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* ou *secundum eventum litis*⁶⁷ para os direitos individuais. Tudo isso está sob o manto intocável das normas cogentes. Neste mesmo sentido, é defeso às partes convencionar a fim de conferir legitimação extraordinária para o processo coletivo, vez que o rol de legitimação é taxativo e a reserva de lei também se mostra um limite intransponível à convenção processual⁶⁸.

Dentro deste espectro semântico de normas cogentes, Leonardo da Cunha elenca como requisito a impossibilidade de convenção processual que repercuta na violação das garantias fundamentais do processo⁶⁹. Traduzindo-se para o âmbito do processo coletivo, isso quer dizer, por exemplo, que o legitimado coletivo não pode convencionar com a outra parte a vedação da propositura de ações individuais quando está em curso ação civil pública sobre o mesmo objeto litigioso, pois esbarraria na garantia do acesso à justiça do indivíduo (art. 5º, XXXV, CF/88). Ou, ainda, a redução dos prazos peremptórios⁷⁰, de tal modo que dificultasse sobremaneira o exercício pela parte de suas garantias processuais.

⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie. *Idem*. p. 39.

⁶⁵ “A análise das regras existentes no Direito brasileiro tem de passar pelo filtro do princípio da competência adequada (corolário dos princípios do devido processo legal e da adequação). Não é possível aplicar as regras legais de competência sem fazer o juízo de ponderação a partir do exame das peculiaridades do caso concreto. A natureza da tutela jurisdicional coletiva exige uma interpretação mais flexível das regras de competência”. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 139).

⁶⁶ Art. 103, parágrafo único, inciso I e II, CDC.

⁶⁷ Art. 103, parágrafo único, inciso III do CDC.

⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 389.

⁶⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 75.

⁷⁰ Artigo 222, § 1º, CPC: “Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”.

Mas, enquanto para alguns temas esta disponibilidade é suficientemente nítida, para outros, ela se mostra mais sensível a controvérsias, principalmente no processo coletivo, em que os vetores da “disponibilidade” das normas processuais seguem outros rumos do processo individual. No processo individual, pode-se pactuar que não haverá recurso da decisão cognitiva ampla obtida na primeira instância, o chamado de “acordo de instância única”⁷¹. No processo coletivo, isso não está autorizado. No processo individual, pode-se convencionar a restrição da atividade probatória, como a dispensa de perícia ou a limitação das testemunhas. No processo coletivo, em que a coisa julgada material pode deixar de se formar quando não houver exaustão de provas (coisa julgada *secundum probationis*), este tipo de negociação é vedado, já que a racionalidade procedimental não estaria garantida. Conquanto no processo individual está autorizado às partes, por convenção processual, suprimir o efeito suspensivo, *ex lege*, do recurso de apelação, no processo coletivo não se pode pactuar que o efeito da apelação terá efeito suspensivo⁷², vez que justamente a sua supressão prevista em lei visa a dar eficácia imediata à decisão proferida em cognição ampla, questão imprescindível para dar efetividade ao direito material em discussão. Também em razão desta eficácia imediata, no processo coletivo, não se encontra autorização para convenção de não execução provisória quando se trata de tornar eficaz de forma imediata o direito coletivo. Esta restrição, no processo individual, não há.

O que se percebe é que os limites do negócio processual na litigância individual são bem mais alargados, porque vige o *princípio do autoregramento da vontade*, responsável por dimensionar um ambiente de liberdade de escolha, com mínimas limitações pelo legislador⁷³. Do outro lado, as restrições ao processo coletivo têm cores mais fortes, porque ela apenas encontra justificativa e, portanto, validade, se atende aos auspícios do Princípio da Adequação procedimental, que subentende uma maior racionalização procedimental, em prol do resguardo dos direitos coletivos. Portanto, não basta que a adaptação negocial represente maior eficiência do método de concretização

⁷¹ Segundo nos ensina Fredie Didier Jr., o acordo de instância única está autorizado pelo ordenamento jurídico de Portugal (art. 681, 1, CPC português) e art. 41, par.2, do CPC francês. (Ibidem. p. 30).

⁷² De acordo com o artigo 14 da Lei 7.347/85, o efeito suspensivo é apenas *ope judicis*: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

⁷³ TALAMINI, Eduardo. Idem.

do direito, mas que essa eficiência deva repercutir no resguardo das amplas garantias processuais do direito coletivo⁷⁴.

Em outros termos, as convenções processuais coletivas, para serem válidas, devem, necessariamente, “reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens comuns algum grau de indisponibilidade”⁷⁵, caso contrário, não estão autorizadas. Nesta linha, é possível concluir que, quando se trata de normativa específica inserta no microsistema processual coletivo, inverte-se a lógica que vige nos processos individuais, de autorização ampla para a negociação processual, sendo os impedimentos a exceção. O microsistema processual coletivo dialoga com a cláusula da negociação processual atípica⁷⁶, mas ela não figura como regra e sim, como exceção, justificada pela melhor *performance* processual à luz da proteção dos direitos coletivos. Em consequência, o ônus argumentativo maior é para justificar a manutenção do pacto negocial, quando o escopo é afastar uma regra específica do microsistema processual coletivo, e não para torná-lo inválido pelo órgão julgador, como ocorre no processo individual.

Ainda assim, vale repisar que os negócios processuais coletivos, quando cumprem os requisitos de validade, são de extrema importância para a racionalização do procedimento em favor do direito material subjacente. Note-se que, mesmo na doutrina do *processo de interesse público (public law litigation)*⁷⁷, que questiona as bases da litigância tradicional quando o objeto do litígio versa sobre políticas públicas, faz campo fértil para a negociação processual. Seu precursor, Abraham Chayes, advoga a necessidade de um novo desenho procedimental para os litígios que tenham por objeto o interesse público⁷⁸. E, se por um lado, a doutrina contempla a defesa do aumento dos

⁷⁴ No nosso entender, é insuficiente afirmar que qualquer acordo processual é permitido no processo coletivo, desde que não implique em renúncia ou disponibilidade do direito. Em sentido contrário: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JuspodVm. 2019. p. 301.

⁷⁵ CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI Jr., Hermes. *Processo Coletivo*. v. 8. Salvador: JuspodVm. 2016. p. 329.

⁷⁶ Neste sentido, o enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

⁷⁷ “Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastantes usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual. Algumas vezes a doutrina norte-americana, com maior amplitude, usa essas expressões para indicar também a advocacia em defesa dos necessitados e a defesa de interesses minoritários na sociedade”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público*. O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 40-41).

⁷⁸ “I would, I think, go further and argue that just as the tradicional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomus private action, so the new model

poderes do órgão julgador para que possa efetivamente gerenciar o conflito, por outro, também contempla o maior poder outorgado às partes quando se trata de afastar o modelo de adjudicação tradicional para a construção de uma decisão judicial pelo juiz e pelas partes⁷⁹. Em assim fazendo, abre espaço tanto para a automposição, como também para a negociação processual⁸⁰, não apenas na fase de conhecimento, mas principalmente na fase de execução, quando então a implementação e concretização de políticas públicas revela-se a sua faceta mais complexa⁸¹.

Em suma, é forçoso reconhecer que a dinâmica dos negócios processuais no processo coletivo é diversa quando comparada com o processo individual. Isso, no entanto, não retira do instituto sua importância para a eficiência e a racionalidade do procedimento que visa à concretização dos direitos coletivos.

reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process". (CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, n. 7, vol. 89, may 1976. p. 1304)

⁷⁹ Ibidem. p. 1281.

⁸⁰ Neste mesmo sentido: "Alguns dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos se revelam expressamente produtivos na busca por maior efetividade processual. Se a tipicidade favorece a identificação de determinadas convenções processuais úteis na efetivação de políticas públicas (cuja análise dependerá do caso em concreto, como afirmado), a atipicidade possibilita às partes o fino consenso sobre os efeitos desejados diante de determinados fatos jurídicos processuais". (RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodiVm. 2017. p. 160).

⁸¹ "Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; b) interdição da área do lixão; c) retirada de pessoas do novo terreno; d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao extinto lixão; i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.). (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 212. 2012).

Conclusão

O *princípio do autorregramento da vontade*, fundamento mais importante utilizado pela doutrina para respaldar os negócios jurídicos processuais, não se amolda ao arquétipo da processualística coletiva. Pautado no direito à liberdade do indivíduo, este princípio torna-se difícil de se enquadrar em uma tipologia de direitos transindividuais, os quais somente podem ser exercitados por meio de representação, ou seja, de um representante adequado. Soma-se, ainda, uma dose extra de publicismo do processo coletivo, diante da indisponibilidade do direito, o que retira do representante uma escolha pautada no voluntarismo.

Isso, no entanto, não afasta a aplicabilidade dos negócios processuais na processualística coletiva. Os princípios da cooperação e da flexibilidade procedimental servem de justificativa suficiente para garantir às partes a possibilidade de convencionar acerca de um procedimento mais adequado e racional ao direito material subjacente, principalmente nos casos mais complexos, como os chamados *processos de interesse público*, que visam à concretização de políticas públicas.

Desta forma, se por um lado, a importância dos negócios processuais coletivos está sedimentada, por outro, não se pode negar que o instituto ganha dimensões um pouco mais restritas quando comparada com o processo individual, já que, diversamente deste último, a liberdade de escolha deixa de ser uma das premissas para a sua validade, e sim a racionalização em prol da garantia dos direitos coletivos torna-se o vetor que deve conduzir o ideal recorte dos negócios processuais coletivos.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Ações Coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- AROCA, Juan Montero. El Proceso Civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. In: AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2006.

- CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI Jr., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodiVm. 2016.
- _____. Convenções Processuais. **Teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodiVm. 2020.
- CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz In: **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. Vol. XIII. Rio de Janeiro.
- CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processo coletivo e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática**. São Paulo: Contracorrente. 2016.
- CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. **Havard Law Review**, n. 7, vol. 89, may 1976.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 212. 2012.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) **Negócios Processuais**. Tomo 1. Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodiVm, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodiVm. 2019.
- DIDIER Jr., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: Didier Jr., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Jus PodiVm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 4. Salvador: Juspodivm. 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros. 2009.
- FARIA, Guilherme Henrique Lage, **Negócios processuais no modelo constitucional do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019
- GAJARDONI, Fernando. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008.

- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2007.
- _____. “Las acciones colectivas em Estados Unidos”. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em una perspectiva comparada**. Mexico: Editorial Porrúa.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo. RT, 2007.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito, legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. Saraiva, 2007.
- MIRRA, Álvaro Luís Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. Tese de Doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Cândido Rangel Dinamarco, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: **Temas de direito processual – terceira série**. São Paulo. Saraiva, 1984.
- MOTTA, Cristina Reindolff da; MÖLLER, Gabriela Samrsla. A abertura hermenêutica das convenções processuais à execução: pela busca da satisfatividade da tutela do direito material. In: MARCATO, Ana [*et. all*]. **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodiVm, 2020.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo ao processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordo em Litígios Coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/15 e da Lei da Mediação. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 02, mai a agost. de 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.). **Negócios Processuais**. Tomo 1. Salvador: JusPodiVm, 2019.
- REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Processuais Atípicos**. Salvador: JusPodiVm, 2020.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodiVm, 2017.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo Civil e Interesse Público**. O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-para-chamar-de-seu-nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm. 2015.