

**Alexandre Alberto de Azevedo  
Magalhães Junior**

**CONVENÇÃO  
PROCESSUAL NA TUTELA  
COLETIVA**

2020

## CONVENÇÕES PROCESSUAIS TÍPICAS E ATÍPICAS NO PROCESSO COLETIVO

O Código de Processo Civil traz inúmeras hipóteses de convenções processuais típicas, como a cláusula de eleição de foro, a inversão do ônus da prova, a escolha consensual de peritos, a suspensão do processo, dentre outras. Quanto aos negócios processuais atípicos, diversos exemplos têm sido apresentados pela doutrina, como a convenção sobre limitações probatórias, acordo para dispensa de assistente técnico, acordo de impenhorabilidade, acordo para rateio de despesas processuais,<sup>1</sup> dentre outros.

O objetivo neste capítulo é, com base nos parâmetros fixados nos capítulos anteriores, sem a pretensão de esgotar o tema, verificar a admissão ou não, em tese, de algumas convenções processuais típicas e atípicas no processo coletivo, além de abordar os negócios processuais na execução e cumprimento de sentença e nas ações de improbidade administrativa.

Notadamente em relação às convenções processuais atípicas, além de exemplos aventados pela doutrina e com aplicação no processo civil tradicional, buscar-se-á investigar outros acordos aderentes à tutela coletiva, considerados alguns problemas verificados na prática, como, por exemplo, convenção para aperfeiçoamento da cientificação da propositura de ação coletiva; convenções relacionadas ao cumprimento de sentença envolvendo políticas públicas; convenções afetas ao adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas, dentre outras.

### 4.1. CONVENÇÃO DE ELEIÇÃO DE FORO: ARTIGO 63 DO CPC/2015

O artigo 63 do CPC de 2015, assim como já previa o artigo 111 do CPC de 1973, autoriza acordo processual típico para modificação da competência relativa, ou seja, territorial e em razão do valor da causa.

1 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios processuais atípicos no CPC – 2015. op. cit., p. 110-111.

A competência na tutela coletiva, diante do disposto nos artigos 2º da Lei nº 7.347/1985 e 93 do Código de Defesa do Consumidor, é fixada no lugar em que deva ocorrer ou ocorreu o dano, quando de âmbito local, ou no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal em caso de dano regional ou nacional, tratando-se de competência de natureza absoluta.<sup>2</sup>

Por expressa vedação extraída dos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil, não se admite a celebração de negócio jurídico processual que tenha como objetivo alterar a competência na tutela coletiva,<sup>3</sup> em vista de seu caráter absoluto.

Há peculiaridade, contudo, nas hipóteses de concorrência de foros absolutamente competentes. Caso o dano atinja área territorial de mais de um foro, ou se trate de dano nacional, em que será concorrentemente competente os foros das Capitais dos Estados envolvidos e o do Distrito Federal, o critério para definição da competência é o da prevenção.

Dada a concorrência de competência entre diversos foros a ser dirimida pelo critério da prevenção, caso ainda não proposta qualquer demanda judicial, reputa-se não vedada a possibilidade de negócio jurídico processual voltado à eleição *do juízo competente mais adequado*, diante, por exemplo, da quantidade de vítimas, facilidade na produção da prova ou, também, na notificação e conhecimento pelos membros do grupo.<sup>4</sup>

Tal ajuste poderá ser entabulado, inclusive, entre Ministérios Públicos dos Estados e da União em hipótese de atuação conjunta,<sup>5</sup> com investigações semelhantes acerca do mesmo objeto, evitando-se a distribuição de ações idênticas em Estados distintos e viabilizando a instauração do processo coletivo único, no foro reputado mais adequado, por meio de litisconsórcio entre Ministérios Públicos.

#### 4.2 CONVENÇÃO DE CALENDÁRIO PROCESSUAL: ARTIGO 191 DO CPC/2015

O dispositivo em questão prevê que o juiz e as partes, de comum acordo, podem fixar calendário para a prática de atos processuais, o qual, uma vez firmado, vincula a todos, dispensando a intimação para a prática de ato processual ou audiência com datas fixadas no citado calendário (§ 2º, do artigo 191).

2 Cf. item 3.4.4 supra.

3 Cf. item 2.7.4.

4 Acerca da competência adequada, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. op. cit., p. 124-127.

5 Acerca da admissibilidade da atuação conjunta entre Ministérios Públicos, vide LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. op. cit., p. 311-315.

Tal instituto, ao possibilitar a previsão e planejamento dos atos processuais, além da economia de recursos humanos e materiais necessários para cientificação das partes, consagra os princípios da duração razoável do processo e da eficiência.<sup>6</sup> A utilização do calendário processual dependerá mais de práticas virtuosas de cada magistrado,<sup>7</sup> além da cooperação das partes. Necessária a mudança de mentalidade e da postura dos atores processuais, eis que o calendário processual não terá espaço em audiências marcadas pela burocracia, conduzidas por julgadores distantes e não abertos ao diálogo.<sup>8</sup>

Trata-se de disposição inspirada nos sistemas judiciais francês e italiano.<sup>9</sup> Na França foi inserido por alteração do artigo 764 do CPC francês, por meio do Decreto nº 1678, de 28 dezembro de 2005, compreendido por parte da doutrina como previsão expressa do *contrat de procédure*.<sup>10</sup> Na Itália, seguindo o exemplo francês, também foi introduzido calendário processual, no artigo 81-bis das *Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie*, por meio da Lei nº 69 de 2009.<sup>11</sup>

Conforme apontado no item relativo aos filtros subjetivos de validade do negócio processual,<sup>12</sup> o juiz não é parte das convenções processuais, inclusive no calendário processual, pois “[...] não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é um elemento integrativo de eficácia do negócio, não elemento constituinte de seu suporte fático no plano da existência)”.<sup>13</sup>

O citado artigo 191 do CPC de 2015 não apresenta restrição à utilização desta convenção processual típica em feitos que admitam autocomposição

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC. In: MARCATO, Ana (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-306. O TJSP reputou válido calendário processual firmado em ação de recuperação judicial, subscrito por credores e devedores e homologado pelo juiz, destacando a nota de eficiência que este negócio processual confere ao litígio: TJSP, AI 1056004-07.2018.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 07.11.2018.

7 PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. op. cit., p. 1659.

8 Cf. item 1.10 supra.

9 Cf. item 1.8.2 supra.

10 CADJET, Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 61-82, jun. 2008; CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti all' regolamentazione coletiva del processo civile. op. cit., p. 553.

11 PICOZZA, Elisa. op. cit., p. 1650-1659.

12 Cf. Item 2.5.2.

13 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 519. Destaca Flávio Luiz Yarshell que “[...] a participação do juiz não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio [...]”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? op. cit., p. 91. Para Antonio do Passo Cabral, o calendário processual é ato conjunto e não convenção processual. CABRAL, Antonio do Passo *Convenções processuais*. op. cit., p. 74-78.

ou envolvam direitos indisponíveis, do que se extrai sua plena aplicabilidade ao processo coletivo.

Quanto ao momento, o calendário poderá ser *incidental* ou *prévio*. Caso se trate de convenção processual prévia, deverá ser submetida à homologação judicial tão logo distribuída a ação.<sup>14</sup>

Além disso, importante reiterar que somente os legitimados públicos à tutela coletiva, ou seja, aqueles que podem tomar compromisso de ajustamento de conduta, são autorizados a firmar calendário processual na fase extrajudicial<sup>15</sup> o qual, uma vez estabelecido, vinculará todos os demais legitimados,<sup>16</sup> desde que cumpridos todos os requisitos de validade e homologado judicialmente.

Na hipótese de calendário processual concebido de forma incidental, todos os legitimados coletivos que atuarem na ação deverão assentir ao negócio, sem prejuízo da manifestação do Ministério Público, caso não seja o autor da ação. Como será visto adiante, a utilização do calendário processual em conjunto com outros negócios processuais pode se mostrar de grande utilidade no cumprimento ou execução de sentença coletiva, notadamente em casos de elevada complexidade ou que envolvam a implementação de políticas públicas.

#### 4.3 CONVENÇÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO: ARTIGO 265, II, DO CPC/2015

A convenção processual típica de suspensão do processo por acordo das partes está prevista no inciso II, do artigo 265, do CPC de 2015, podendo perdurar por até seis meses (§ 3º, do artigo 265), prazo este que visa a evitar a paralisação indefinida em burla à duração razoável do processo. Na hipótese de se instaurar mediação, em vista da especialidade das disposições contidas na Lei nº 13.140/2015, a suspensão será pelo prazo suficiente para a solução consensual do litígio, nos termos do artigo 16 da citada lei.<sup>17</sup>

Não há qualquer impedimento à celebração deste negócio processual no âmbito da tutela coletiva, o qual pode se mostrar útil em caso de possibilidade de solução consensual do conflito por meio de acordo judicial, suspendendo-se a marcha do processo enquanto subsistirem as negociações entre as partes, observado o prazo máximo de seis meses. Na hipótese de

14 GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Teoria geral do processo: comentário ao CPC de 2015*. op. cit., p. 707.

15 Cf. item 3.9.1.

16 Cf. Item 3.10

17 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 746.

litisconsórcio entre legitimados coletivos (por exemplo, Ministério Público e Associação), todos deverão consentir com a suspensão.<sup>18</sup>

#### 4.4 CONVENÇÃO DE SANEAMENTO DO PROCESSO: ARTIGO 357, § 2º, DO CPC/2015

O § 2º, do artigo 357, do CPC de 2015 autoriza às partes a delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do mesmo artigo 357, exigida a prévia homologação judicial para a sua eficácia.

O referido dispositivo não apresenta qualquer outro óbice de validade de ordem geral, como, por exemplo, sua não aplicação às hipóteses de direito indisponível, inexistindo, *prima facie*, vedação à sua aplicação no processo coletivo. Contudo, algumas considerações se mostram necessárias.

O ato de saneamento do processo é voltado à organização das atividades probatórias a serem realizadas na fase de instrução, mediante a delimitação das questões de fato que serão objeto desta atividade, bem como a especificação dos meios de prova que serão admitidos, incluindo aqueles requeridos pelas partes e outros determinados por iniciativa do magistrado.<sup>19</sup>

Além de organizar a prova, o saneamento também delimita as questões de direito que se mostrarem relevantes para a decisão de mérito, com base não só nos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes, mas também a partir da visão do juiz em relação ao direito aplicável (*iura novit curia*), evitando-se, dessa forma, a prolação de decisão surpresa.<sup>20</sup>

O Estado-Juiz não atua como parte nos negócios jurídicos processuais, nem mesmo naqueles em relação aos quais é exigida prévia homologação judicial para produção de efeitos.<sup>21</sup> Além disso, as convenções processuais celebradas pelas partes não podem limitar situação jurídica do juiz,<sup>22</sup> não se admitindo, assim, convenção de saneamento que restrinja os seus poderes-deveres instrutórios ou mesmo as consequências do *iura novit curia*.<sup>23</sup>

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 191-192.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. op. cit., p. 652.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. op. cit., p. 652. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 5. ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2, p. 245.

21 Cf. item 2.5.2.

22 Cf. item 2.7.2.

23 Neste sentido, pontua Rodrigo Ramina de Lucca que o disposto no artigo 357, § 2º, do CPC de 2015 não autoriza às partes afastarem a aplicação do direito estatal e nem mesmo escolher as normas aplicáveis. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. op. cit., p. 319.

Em face destas ponderações, a análise pelo juiz da convenção de saneamento firmada pelas partes não terá caráter meramente formal, mas dependerá da efetiva constatação da correção da delimitação das questões de fato e de direito pactuadas,<sup>24</sup> podendo ensejar a não homologação, homologação total ou parcial, com restrição ou ampliação das questões a serem apreciadas.<sup>25</sup> A homologação, total ou parcial, sempre vincula as partes e o magistrado.

A homologação parcial, com inclusão ou restrição de questões, não desnatura a convenção processual, pois, naqueles limites estabelecidos pelo magistrado, a atuação consensual das partes foi chancelada, com todos os seus efeitos naturais decorrentes, como a impossibilidade de impugnação destas questões em sede de recurso de apelação.

A indisponibilidade do direito material tutelado na seara coletiva, em nossa visão, não obsta a celebração do negócio processual ora analisado<sup>26</sup> pois, como destacado, não foi explicitada tal vedação como em outras convenções processuais (ônus da prova, por exemplo) e nem mesmo há restrição a ações cujo objeto seja autocomponível (artigo 190 do CPC de 2015).

Imprescindível, contudo, a observância da intangibilidade do direito material indisponível.<sup>27</sup> Em outras palavras, ainda que admitido, o saneamento consensual no processo coletivo não poderá colocar em risco ou afetar de forma negativa o bem jurídico material tutelado, sob pena de invalidade do acordo.

Necessário pontuar, inclusive, a destacada importância conferida ao saneamento nas ações coletivas, equiparado pela doutrina à certificação da *class action* prevista no direito americano,<sup>28</sup> oportunidade na qual o magistrado, dentre outros aspectos, avaliará a adequada representação do autor, analisará a competência, definirá o grupo a ser atingido pela decisão, fixará os contornos do objeto litigioso coletivo, decidirá sobre a distribuição inversa do ônus da prova, avaliará a necessidade de oitiva de *amici curiae* e de rea-

24 Neste sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 197. FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Comentários ao artigo 357 do CPC. In: WAMBIER; Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.095. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 692.

25 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2. p. 94.

26 Em sentido contrário, sustentando a impossibilidade de saneamento consensual em processos que envolvam direitos indisponíveis: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. op. cit., p. 849. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Iura novit curia no processo civil brasileiro*: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 127-158, jan. 2016.

27 Cf. item 3.8.1 supra.

28 GIDI, Antônio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. op. cit., p. 192-212.

lização de audiências públicas, verificará a notificação adequada do grupo e, ainda, a necessidade de cooperação jurídica nacional (atos concertados) ou internacional.<sup>29</sup>

A homologação judicial, neste contexto, concebida para aqueles casos em que o legislador detectou interesse público maior a justificar grau superior de supervisão da convenção processual pelo juiz,<sup>30</sup> terá importância elevada nas ações que versarem sobre direitos indisponíveis pois, para além do controle da correção do saneamento consensual no tocante à delimitação das questões de fato e de direito, deverá também o magistrado verificar se o negócio processual não colocará em risco o direito material, objeto da ação.

Alerte-se, por fim, que o saneamento compartilhado, previsto no § 3º, do artigo 357, do CPC de 2015, a ser realizado se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, não traduz, em nossa visão, espécie de negócio jurídico processual,<sup>31</sup> mas reflete ato processual em cooperação (artigo 6º do CPC de 2015), no qual o saneamento é construído por meio do diálogo e esclarecimento entre juiz e partes.<sup>32</sup> Nada impede, contudo, que nesta audiência e em face de tudo o que ali foi debatido, venham as partes a celebrar convenção processual prevista no § 2º, do artigo 357.<sup>33</sup>

#### 4.5 CONVENÇÃO SOBRE O ÔNUS DA PROVA: ARTIGO 373, §§ 3º E 4º, DO CPC/2015

O artigo 373, §§ 3º e 4º, do CPC de 2015, assim como previsto no artigo 333, parágrafo único, do CPC de 1973, contempla a possibilidade de convenção processual envolvendo o ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte e não torne excessivamente difícil o exercício do direito.

A vedação ao negócio jurídico processual em relação a litígios que versem sobre direito indisponível aparenta, em tese, obstar o ajuste no

29 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. op. cit., p. 118-119. Sobre o saneamento como certificação no direito brasileiro e providências organizadoras cabíveis no processo coletivo, vide: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Da decisão de saneamento e organização do processo coletivo: uma proposta de "certificação" à brasileira*. op. cit., p. 148-246.

30 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. op. cit., p. 265.

31 Idem. p. 76-77. Em sentido contrário, admitindo a hipótese do § 3º, do artigo 357, do CPC de 2015 como negócio processual: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. op. cit., p. 67-68. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria geral do processo: comentário ao CPC de 2015*. op. cit., p. 688.

32 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 318 a 368. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7. p. 310-313.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. op. cit., p. 655.

processo coletivo, pois se trata de requisito diverso e mais restritivo se comparado àquele inserido no artigo 190 do CPC/2015 (direitos que admitam autocomposição).

Deve-se pontuar, contudo, que o próprio microsistema processual coletivo, de forma expressa, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em prol da coletividade (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), mostrando-se razoável, portanto, admitir tal acordo processual apenas para favorecer o titular do direito indisponível.

Não há óbice, portanto, à celebração de tal negócio processual no âmbito da tutela coletiva,<sup>34</sup> com a ressalva de que será admissível apenas se entabulado em prol da coletividade e não em seu prejuízo.<sup>35</sup> Isto porque o microsistema processual coletivo, ao contemplar a inversão do ônus da prova, o fez unicamente em benefício da tutela coletiva, tratando-se, portanto, de regra processual especial a impor limite objetivo de validade.<sup>36</sup>

A existência de previsão legal específica acerca da admissão da inversão judicial do ônus da prova, independentemente da vontade das partes (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), não torna inócua a convenção processual sobre o tema, pois a sua prévia fixação, antes mesmo da deliberação judicial, afasta a insegurança causada pela apreciação judicial casuística, nem sempre alinhada aos anseios das partes, devendo-se considerar, ainda, as vantagens ideológicas e sociais próprias das soluções consensuais.<sup>37</sup>

O acordo processual típico analisado poderá ser prévio ou incidental, conforme expressa disposição legal contida no § 4º, do artigo 373, do CPC de 2015, mostrando-se mais factível sua confecção extrajudicial, por exemplo, através de cláusula inserida em termo de compromisso de ajustamento firmado pelo Ministério Público ou por outro legitimado, inclusive com a possibilidade de beneficiar os lesados individuais.

#### 4.6 CONVENÇÃO DE ESCOLHA DO PERITO: ARTIGO 471 DO CPC/2015

A convenção processual típica de escolha consensual do perito pelas partes está contemplada no artigo 471 do CPC de 2015, o qual exige, assim como o artigo 190 do mesmo diploma, a plena capacidade das partes e a

34 GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. op. cit., p. 274-286; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. op. cit., p. 554.

35 MACÉDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, p. 463-487, fev. 2015. p. 480.

36 Cf. item 3.8.3 supra.

37 Neste sentido: GODINHO, Robson Renault. op. cit., p. 286.

possibilidade de solução da causa por autocomposição, não excluindo, portanto, direito indisponível.<sup>38</sup>

A indicação deverá se dar por meio de requerimento dirigido ao juiz, no qual também deve constar a indicação dos respectivos assistentes técnicos que acompanharão a realização da perícia.

O negócio jurídico em questão não pode limitar a atividade probatória do magistrado pois, caso entenda que a matéria não tenha sido devidamente esclarecida pelo perito escolhido pelas partes, pode determinar a realização de segunda perícia por meio de perito por ele nomeado, fundamentadamente, nos termos do artigo 480 do CPC de 2015.<sup>39</sup> Ademais, ficou assentado neste estudo a impossibilidade dos negócios jurídicos atingirem situações jurídicas processuais de terceiros e do Estado-Juiz, não se admitindo limitação ao poder instrutório do magistrado.

#### 4.7 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NA TUTELA COLETIVA

O artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 autoriza a utilização da arbitragem para solução de litígios que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis, inclusive pela administração pública direta e indireta, conforme alteração imposta pela Lei nº 13.129/2015.

A convenção de arbitragem, tanto por meio de cláusula compromissória quanto de compromisso arbitral, tem natureza jurídica de negócio jurídico processual.<sup>40</sup>

O cabimento ou não da arbitragem envolvendo direitos transindividuais, em razão da indisponibilidade, pelos legitimados, do direito material tutelado, sua amplitude e limites, ou seja, se admitida apenas para direitos individuais homogêneos ou também para difusos e coletivos *stricto sensu*, demanda estudo de fôlego<sup>41</sup> e seu enfrentamento exauriente desbordaria os limites deste estudo. Contudo, algumas ponderações se mostram necessárias.

38 Acerca da possibilidade de escolha consensual de perito no processo coletivo: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. op. cit., p. 373.

39 Neste sentido: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. op. cit., p. 196; NASSER, Paula Magalhães. Comentários aos artigos 464 a 480 do CPC de 2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 661. MOLLICA, Rogério. Arts. 442 a 484 do CPC de 2015. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 382. v. 2.

40 CARMONA, Carlos Alberto de. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102 e 189.

41 Sobre o tema, vide: LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010 (Coleção Atlas de arbitragem, coordenação de Carlos Alberto Carmona). *passim*; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Atlas de arbitragem; coordenação de Carlos Alberto Carmona). *passim*; ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*:

A admissão da convenção de arbitragem pressupõe a arbitrabilidade subjetiva (capacidade para contratar) e a arbitrabilidade objetiva (patrimonialidade e disponibilidade do objeto).

Sob a óptica objetiva, o filtro da patrimonialidade não fornece maiores dificuldades e remete à noção de bens e direitos que admitem valoração ou quantificação em termos pecuniários. Por sua vez, o conceito de disponibilidade não é de fácil identificação e costuma ser relacionado pela doutrina com o exercício do direito e a possibilidade de sua disposição, alienação, renúncia ou transmissão por seu titular, sem que exista norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade.<sup>42</sup> André Vasconcelos Roque, em profunda análise acerca da imprecisão do conceito de indisponibilidade do direito,<sup>43</sup> destaca que além da ideia de possibilidade de renúncia total ou parcial, por vezes a indisponibilidade vem relacionada a direitos gravados por interesse público ou que devam ser concretizados pelo poder público; direitos que não podem deixar de ser pleiteados em juízo ou direitos titularizados por pessoas sem capacidade plena para renunciá-los.<sup>44</sup>

A disponibilidade ou não do direito também envolveu controvérsia acerca da admissão da arbitragem na qual a administração pública fosse parte, chegando alguns doutrinadores a defender sua impossibilidade, com base na ideia de que a persecução do interesse público atrelada à existência do Estado tornaria inadmissível o sistema arbitral.<sup>45</sup>

A expressa previsão de sua admissão na legislação ainda não supera o problema na definição das hipóteses em que admissível a arbitragem, dada a mencionada indeterminação e elasticidade da noção de indisponibilidade<sup>46</sup> no caso concreto, além de questionamentos ligados ao custeio, escolha de árbitros, prerrogativas processuais da pessoa jurídica de direito público, dentre outros.

---

admissibilidade, finalidade e estrutura. op. cit. *passim*; NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. op. cit. *passim*; VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos transindividuais*. op. cit. *passim*.

42 CARMONA, Carlos Alberto de. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. op. cit., p. 38.

43 ROQUE, André Roque Vasconcelos. op. cit., p. 83-95.

44 *Ibid.*, p. 92-93.

45 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106. Celso Antonio Bandeira de Mello também teceu duras críticas às previsões de arbitragem na Lei de Concessões e de Parceria Público-Privadas, por entender “[...] inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em res extra commerciam e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 806.

46 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015. p. 163.

De forma similar, as particularidades do processo coletivo trazem sérias dúvidas sobre a admissão e alcance do sistema arbitral envolvendo tais direitos, além de questões práticas próximas àquelas enfrentadas pelas pessoas jurídicas de direito público, como o custeio, escolha de árbitros, etc.

Estes efetivos empecilhos e dúvidas, não restritos à tutela coletiva, mas também condizentes com a participação da administração pública na arbitragem, não obstam que se realize exercício teórico acerca da validade ou não de eventual convenção de arbitragem na tutela coletiva.

A noção de indisponibilidade permeia a tutela dos direitos metaindividuais, notadamente em razão da atuação dos legitimados coletivos na qualidade de substituto processual, com nuances próprias em face de cada espécie (difusos, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo).

Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damiano Gonçalves reputam arbitráveis os direitos individuais homogêneos, bem como admitem a arbitragem em relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, especificamente no tocante ao modo, prazo, tempo e técnica para o cumprimento da obrigação.<sup>47</sup>

Rômulo Greff Mariani, seguindo a mesma linha, sustenta que apenas os direitos individuais homogêneos admitiriam arbitragem, pois essencialmente individuais, de caráter patrimonial e disponíveis pelos titulares, ao passo que os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos, essencialmente coletivos, estariam marcados pela indisponibilidade,<sup>48</sup> admitindo sua submissão ao sistema arbitral apenas em relação à forma de cumprimento da obrigação, aspecto este em que haveria certa margem de disponibilidade quanto a prazos e forma.<sup>49</sup>

Ana Luiza Nery sustenta cabível a arbitragem envolvendo todos os direitos coletivos *lato sensu*, mas sempre limitada aos seus aspectos patrimoniais.<sup>50</sup>

André Vasconcelos Roque aponta que a aferição da disponibilidade ou não e, portanto, arbitrabilidade dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos depende da análise casuística da qualificação atribuída ao direito material em conflito, o qual pode ou não ser disponível, não se admitindo a afirmação genérica de que os direitos metaindividuais seriam sempre indisponíveis.<sup>51</sup> Conclui o autor pela necessidade de investigação

47 GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 136, p. 246-267, 2006. Em sentido próximo: LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. op. cit., p. 121-141.

48 MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. op. cit., p. 52-56 e 71.

49 *Ibid.*, p. 66-67 e 110.

50 NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. op. cit., p. 239-244.

51 ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. op. cit., p. 119.

concreta, admitindo a arbitragem de todos os direitos coletivos *lato sensu*, desde que patrimoniais e disponíveis, requisito que deve estar acompanhado da possibilidade de maior celeridade do sistema arbitral ou do alto grau de especialização dos árbitros.<sup>52</sup>

Reputa-se adequado e equilibrado o entendimento que admite convenção de arbitragem envolvendo direitos individuais homogêneos e, quanto aos coletivos *stricto sensu* e difusos, apenas nos aspectos relacionados com a técnica, local, forma e modo para reparação do dano.<sup>53</sup> Em relação a estes últimos, difusos e coletivos, providência similar poderia ser obtida em produção antecipada de provas sem o caráter de urgência, na esteira do previsto no artigo 381, II e III, do CPC de 2015, visando a eventual solução consensual entre as partes ou mesmo para se aquilatar a necessidade de ação judicial sobre o tema.<sup>54</sup>

De fato, em relação aos direitos individuais homogêneos, caracterizados como acidentalmente coletivos e essencialmente individuais, em geral de caráter patrimonial e disponíveis por seus titulares,<sup>55</sup> o tratamento coletivo se dá apenas por técnica legislativa,<sup>56</sup> não se constatando óbice à arbitragem.

Quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, exige-se maior cautela, pois indivisíveis e essencialmente coletivos, limitando a atuação do legitimado, motivo pelo qual a arbitragem, em nosso entendimento, pode recair apenas sobre aspectos relacionados ao modo de cumprimento<sup>57</sup> da obrigação, hipótese em que não haverá disposição do bem jurídico, mas apenas submissão de questões afetas à técnica e modo de satisfação da obrigação à análise de árbitros, por vezes, com maior capacitação na área objeto

52 ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 248-249.

53 O Projeto de Lei nº 5.139/2009 (Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos) assim dispõe: "Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1o O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. [...] § 3o Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação."

54 Neste sentido: VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos transindividuais*. op. cit., p.141, nota 324.

55 GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. op. cit., p. 246-267; LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. op. cit., p. 121-128; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. op. cit., p. 52-56 e 71; NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. op. cit., p. 239; VARGAS, Sarah Merçon. op. cit., p. 118-119; RODOVALHO, Tiago; MAIA, Sara Christina Maia. Arbitragem coletiva no Brasil e seus desafios. In: REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Troth, 2019. p. 557-572.

56 ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 105.

57 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. 230 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 194-199.

de disputa.<sup>58</sup> Exemplos seriam a aferição de aspectos técnicos relacionados à reparação do dano ambiental ou urbanístico que podem contemplar múltiplas soluções, tarifas bancárias diante da regulamentação do Banco Central e serviços de energia elétrica e normas exaradas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).<sup>59</sup>

A intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica nos processos coletivos, respeitadas opiniões em sentido diverso,<sup>60</sup> não representa óbice à arbitragem coletiva,<sup>61</sup> pois não há tal limitação na legislação, de forma expressa, como se verifica em outros países,<sup>62</sup> exigindo-se apenas a constatação da arbitrabilidade objetiva, conforme antes exposto.

Em termos procedimentais, dado o caráter jurisdicional reconhecido à arbitragem e em razão da indispensabilidade da intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica, torna-se imprescindível a notificação do *Parquet* acerca do processo arbitral coletivo e de todos os seus atos, conferindo-lhe a possibilidade de manifestação perante o Tribunal Arbitral.<sup>63</sup>

Por outro lado, sob o prisma subjetivo, cumpre enfrentar os aspectos relacionados com a legitimação para subscrever a cláusula ou compromisso arbitral e a vinculação aos demais legitimados e aos integrantes do grupo. As diretrizes devem ser similares àquelas fixadas para as convenções processuais em geral firmadas no processo coletivo.<sup>64</sup> Vale registrar que no sistema judicial norte-americano, tão logo sedimentada a admissão de arbitragens

58 ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*: admissibilidade, finalidade e estrutura. op. cit., p. 173 e 183; NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. op. cit., p. 294-295; VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos transindividuais*. op. cit., p. 127.

59 Hipóteses indicadas por ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 183.

60 Cândido Rangel Dinamarco aponta que o sistema arbitral “[...] repele, por si mesmo a intervenção do Ministério Público, particularmente na condição de custos legis, porque esta participação é institucionalmente voltada à tutela do interesse público, e em relação ao interesse público não têm as partes o poder de disposição de direitos.” DINAMARCO, Cândido R. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 131.

61 MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. op. cit., p. 60-62; LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. op. cit., p. 159-161; ROQUE, André Roque. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*: admissibilidade, finalidade e estrutura. op. cit., p. 152-156; GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. op. cit., p. 166-168.

62 Na Itália, o n. 5 do artigo 34 do Decreto Legislativo n. 5 de 2003, dispõe que: “Art. 34 [...] 5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.” Em face deste dispositivo, Zucconi Galli Fonseca afirma que há no sistema italiano a aproximação da ideia de indisponibilidade com a intervenção do Ministério Público. FONSECA, Zucconi Galli. *Le convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 57, n. 3, p. 929-972, set. 2003. p. 942.

63 MARIANI, Rômulo Greff. op. cit., p. 60-62; LIMA, Bernardo. op. cit., p. 180-182; ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 155; NERY, Ana Luiza. op. cit., p. 255; RODOVALHO, Tiago; MAIA, Sara Christina Maia. *Arbitragem coletiva no Brasil e seus desafios*. op. cit., p. 566.

64 Cf. itens 3.9 e 3.10.

coletivas, a *American Arbitration Association (AAA)* editou seu regulamento sobre tais arbitragens, inspirando-se nas diretrizes sobre as *class actions* contidas na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, notadamente em relação aos requisitos para certificação coletiva, como a representatividade adequada do grupo.<sup>65</sup>

A cláusula compromissória, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, é aquela inserida em instrumento contratual antes do surgimento do litígio entre as partes e, por depender desta relação prévia, poderá ter espaço reduzido na tutela coletiva, salvo em hipóteses excepcionais, como em compromisso de ajustamento de conduta, para a aferição do melhor modo de cumprimento da obrigação.<sup>66</sup>

O compromisso arbitral, por sua vez, é estabelecido se já existir controvérsia instalada entre as partes e pode se dar tanto no curso de eventual ação judicial quanto extrajudicialmente (artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/96).

Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral extrajudicial configuram hipóteses de convenção processual prévia e, portanto, somente podem ser subscritos pelos órgãos públicos legitimados a tomar compromisso de ajustamento de conduta.<sup>67</sup> Discordamos parcialmente do entendimento de Bernardo Lima, para quem as entidades associativas podem firmar convenção de arbitragem antes ou no curso de ação judicial,<sup>68</sup> pois o sistema processual coletivo não permite que tais entidades firmem negócio processual antes de judicializada a matéria.

Caso a convenção de arbitragem venha a ser firmada por membro do Ministério Público antes de eventual ação judicial, necessária será sua submissão à homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público ou por órgão similar,<sup>69</sup> à semelhança do exigido em relação ao compromisso de ajustamento de conduta, notadamente para aferição da possibilidade de submissão da matéria ao juízo arbitral. Caso não homologado, seus efeitos restarão obstados, desobrigando aqueles que o subscreveram.

Valem aqui as mesmas considerações lançadas em relação à convenção processual prévia, no sentido de que a homologação pelo Conselho Superior decorre da necessidade de observância dos parâmetros delineados para o compromisso de ajustamento de conduta, na forma do § 3º, do artigo 9º, da Lei nº 7.347/85, inspirados na necessidade de revisão dos acordos materiais

65 ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 27-28.

66 LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. op. cit., p. 170; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. op. cit., p. 136.

67 Cf. item 3.9.1.

68 LIMA, Bernardo. op. cit., p. 144.

69 Cf. item 3.13.1.

e processuais que não se apresentem suficientes ou adequados para a tutela do direito material indisponível.

As entidades associativas apenas estão autorizadas a firmar compromisso arbitral no bojo de ação civil pública em curso. Não concordamos, no ponto, com André Vasconcelos Roque, para quem apenas os órgãos públicos legitimados poderiam iniciar o procedimento arbitral no curso de ação judicial,<sup>70</sup> pois se o sistema admite a celebração de acordo judicial pelas entidades associativas, não há como se impor óbice para que firmem compromisso arbitral no bojo de ação coletiva, até mesmo porque haverá, na hipótese, fiscalização pelo Ministério Público e, ainda, controle judicial da convenção processual de arbitragem.

Quanto à vinculação, celebrada a convenção de arbitragem por um dos legitimados antes de eventual ação judicial, aplica-se a mesma sistemática concebida para o compromisso de ajustamento de conduta,<sup>71</sup> ou seja, estarão todos os legitimados vinculados, não podendo desconsiderar a convenção firmada. Caso repute indisponível o objeto, devem ajuizar ação anulatória, nos termos do artigo 33 da Lei nº 9.307/96,<sup>72</sup> inclusive por meio de ação civil pública que busque, além da invalidação da convenção de arbitragem, a tutela judicial coletiva do direito material.

Vale lembrar que em uma demanda coletiva a constatação da parte não é extraída da identidade física ou institucional do legitimado (Ministério Público ou Associação, por exemplo), mas sim de sua condição jurídica de legitimado coletivo, impondo sejam tratados em unidade, vale dizer, como uma única parte, de forma que a atuação extrajudicial ou judicial de um deles acarretará consequências a todos os demais, inclusive se firmada convenção de arbitragem. Assim como no compromisso de ajustamento de conduta, não há como exigir a concordância de todos os legitimados com os termos da convenção de arbitragem, salvo manifestação do Ministério Público como condição de validade do processo judicial e do arbitral,<sup>73</sup> ou de eventual litisconsorte na ação já ajuizada.

Neste contexto, caso já instaurado litígio arbitral coletivo, eventual e posterior ação civil pública envolvendo o mesmo objeto deverá extinta, sem julgamento de mérito, em razão da litispendência.

---

70 ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*: admissibilidade, finalidade e estrutura. op. cit., p. 207-209.

71 Cf. item 3.7

72 ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*: admissibilidade, finalidade e estrutura. op. cit., p. 149.

73 Não concordamos, no ponto, com Bernardo Lima, que sustenta a necessidade de concordância de todos os legitimados coletivos. LIMA, Bernardo. *A arbitabilidade do dano ambiental*. op. cit., p. 149.

Caso a ação judicial coletiva seja cronologicamente anterior à convenção de arbitragem alinhavada por outro legitimado, a submissão do litígio ao sistema arbitral depende da concordância de todos os legitimados que atuarem na respectiva ação judicial como litisconsortes,<sup>74</sup> além da manifestação do Ministério Público, se não for o autor, seguida de homologação judicial.<sup>75</sup>

Em relação ao lesado individual, a vinculação é similar àquela aventada para a convenção processual, nos termos dos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja: aqueles que se habilitarem no processo arbitral serão beneficiados ou prejudicados pela coisa julgada coletiva; aqueles que ajuizaram ação individual e pleitearam a suspensão desta após ciência do processo arbitral não poderão ser prejudicados, mas apenas beneficiados pela coisa julgada coletiva; aqueles que ajuizaram ação individual e não pleitearam a suspensão, mesmo após ciência do processo arbitral não poderão ser beneficiados e nem prejudicados pela coisa julgada coletiva; aqueles que não ajuizaram ação coletiva e não se habilitaram no processo arbitral somente poderão ser beneficiados pela decisão arbitral.<sup>76</sup>

Quanto à forma, além das considerações lançadas no item 3.12, ponto de essencial relevância é a necessidade de se garantir ampla publicidade ao procedimento da arbitragem na esfera coletiva pois, nada obstante o sistema arbitral tenha como uma de suas vantagens a confidencialidade, não se trata de imposição legislativa, mas de providência adotada por conveniência das partes ou em razão da regulamentação da instituição arbitral.

O interesse público que permeia a tutela coletiva eleva a publicidade adequada e a ampla notificação do grupo ou categoria como uma das diretrizes do microsistema coletivo,<sup>77</sup> possibilitando o controle social e a cientificação dos interessados acerca da demanda, para que nela possam intervir ou dela se beneficiar.

Neste contexto, assim como nas arbitragens envolvendo a administração pública,<sup>78</sup> a arbitragem coletiva não se compatibiliza com o sigilo,<sup>79</sup> devendo

74 Conforme solução sugerida para as convenções processuais no item 3.10.1.

75 Não concordamos integralmente com André Vasconcelos Roque, para quem bastaria a homologação judicial constatando a validade e vantagens da submissão da controvérsia aos árbitros, não se exigindo anuência dos demais legitimados que integrem a lide. ROQUE, André Vasconcelos. *op. cit.*, p. 150-151.

76 NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. *op. cit.*, p. 271; ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. *op. cit.*, p. 145-146.

77 Cf. item 3.4.1

78 CARMONA, Carlos Alberto de. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. *op. cit.*, p. 51-52. O § 3º, do artigo 2º, da Lei Federal nº 9.307/96, incluído pela Lei Federal nº 13.129/2015, explicitou a necessidade de observância do princípio da publicidade na arbitragem envolvendo a administração pública.

79 LIMA, Bernardo. *A arbitabilidade do dano ambiental*. *op. cit.*, p. 159.

a publicidade ser a mais ampla possível,<sup>80</sup> incluindo o processo de escolha dos árbitros; objeto do procedimento; data da instauração da arbitragem; eventual concessão de tutela de urgência; conteúdo das decisões arbitrais; audiências e documentos que instruem o procedimento, salvo naquelas hipóteses em que mesmo no processo estatal se justificaria o sigilo, como para resguardar informações que dizem respeito a segredos de Estado ou a intimidade das partes.<sup>81</sup>

#### 4.8 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE CUSTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS PROCESSUAIS

O microsistema processual coletivo tem regulamentação própria acerca do pagamento de honorários advocatícios, custas, despesas processuais e adiamento de honorários periciais, nos artigos 17 e 18 da Lei nº 7.347/85 e 87 do Código de Defesa do Consumidor, os quais, em síntese, eximem os legitimados coletivos do adiantamento de honorários periciais e, ainda, do pagamento de despesas, custas e honorários, salvo comprovada má-fé.

Um dos limites objetivos de validade do negócio processual na tutela coletiva é a vedação a acordos que busquem derrogar ou afastar disposições especiais previstas no microsistema da tutela coletiva, dentre elas as relativas aos honorários, custas e despesas processuais, admitindo-se, excepcionalmente, disposições benéficas ao sistema processual coletivo, ou seja, que reforcem a tutela do direito material em litígio.<sup>82</sup>

Nada impede, assim, a celebração de convenção processual, prévia ou incidental, que tenha por objeto o custeio do processo pelo requerido,<sup>83</sup> inclusive o *adiantamento dos honorários periciais*, eximindo a Fazenda Pública, por exemplo, de custear este adiantamento. Tal ajuste pode proporcionar celeridade processual ao evitar impugnações e recursos até os tribunais superiores, notadamente pela Fazenda Pública, a quem cabe arcar com tal despesa.<sup>84</sup>

80 ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 162 e p. 291-294; NERY, Ana Luiza. op. cit., p. 271; RODOVALHO, Tiago; MAIA, Sara Christina Maia. Arbitragem coletiva no Brasil e seus desafios. op. cit., p. 563-565.

81 ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 162-163.

82 Cf. item 3.8.3 supra

83 Sobre convenções processuais envolvendo custeio, vide CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis Lições Brasileiras*. op. cit., p. 87-88. Acerca do custeio de provas periciais no processo coletivo, vide STEFANI, Marcos. O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual. op. cit., p. 220.

84 Tema de Recurso Repetitivo nº 510 do STJ. AgInt no RMS 58840 / SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 16.08.2019; AgInt no RMS 58313 / SP, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 27.06.2019.

Convenção sobre o custeio de honorários periciais e custas em ação de produção antecipada de provas,<sup>85</sup> sem o requisito de urgência, também pode ser celebrada, visando a obtenção de elementos para instrução de inquérito civil em curso no Ministério Público, a fim de viabilizar a celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou mesmo o arquivamento do procedimento.

Possível, ainda, negócio processual como cláusula de compromisso de ajustamento de conduta carreando ao executado o pagamento de eventuais custas processuais em caso de ajuizamento de execução judicial com a necessidade de perícia para constatação do cumprimento ou não do acordo de direito material.<sup>86</sup>

#### 4.9 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA SOBRE A PROVA

Negócios processuais sobre a prova na tutela coletiva podem ser admitidos, desde que observadas as condições de validade e diretrizes explicitadas em capítulos anteriores, notadamente: licitude do objeto; não afetação do núcleo essencial do direito processual fundamental; não limitação da atividade probatória do magistrado; não limitação da atuação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no tocante à atividade probatória; observância do sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Primeiro aspecto a ser considerado em relação às convenções probatórias consiste na verificação da *licitude do objeto*, não se admitindo negócio processual entabulado pelas partes que, por exemplo, venha a tolerar a utilização de provas obtidas de forma ilícita (tortura, por exemplo) ou que admita interceptação telefônica em processo civil.<sup>87</sup>

Segundo aspecto exige a verificação da manutenção do núcleo processual fundamental, recusando-se validade de convenções probatórias que, por exemplo, afetem a garantia da duração razoável do processo, como a previsão de prazo excessivo para finalização da prova pericial.<sup>88</sup>

Há consenso doutrinário acerca da existência de direito fundamental à prova como decorrência da garantia constitucional do justo processo e observância do contraditório e da ampla defesa,<sup>89</sup> concretizado este direito

85 O próprio ajuizamento de ação de produção antecipada de provas pode ser objeto de convenção processual.

86 STEFANI, Marcos. O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual. op. cit., p. 220.

87 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 144.

88 *Ibid.*, loc. cit.

89 Acerca do direito fundamental à prova, vide: TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53-54. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. op. cit., p. 51-54.

pela oportunização do pleito à determinada produção de prova, participação em sua produção e manifestação sobre o seu resultado.<sup>90</sup>

Neste contexto, não será considerada válida convenção processual que imponha severa limitação ao direito fundamental à prova, como, por exemplo, a exclusão de prova pericial que seria o único meio probatório para se demonstrar o dano e se fixar a melhor forma de sua reparação em ação civil pública ambiental, pois atingiria não só direito processual fundamental, mas também o próprio direito material indisponível.

Terceira limitação envolve a impossibilidade de se dispor no negócio processual acerca da situação jurídica de terceiros, dada a redação do artigo 190 do CPC/2015 que delimita sua incidência a situações jurídicas processuais das próprias partes.<sup>91</sup> Inviável, assim, o avanço sobre os poderes-deveres do magistrado<sup>92</sup> e, pelos mesmos motivos, do Ministério Público, não se admitindo convenção processual que venha a limitar a atividade probatória do Estado-Juiz<sup>93</sup> ou a restringir a atuação do Ministério Público no tocante à produção de provas como fiscal da ordem jurídica no processo coletivo.<sup>94</sup>

Quarto aspecto a ser considerado reside na necessidade de observância da coisa julgada *secundum eventum probationis*, independentemente da existência de convenção processual que limite a atividade probatória, pois eventual acordo processual das partes não tem o condão de alterar o regime da coisa julgada no processo coletivo, matéria submetida à reserva legal,<sup>95</sup> mesmo que a produção de provas tenha sofrido restrições.

Observados estes parâmetros, podem ser indicados como exemplos de negócios processuais probatórios atípicos na tutela coletiva aqueles que disponham sobre: limitação do número de testemunhas; admissão ou não de prova emprestada; dispensa de assistentes técnicos; admissão de determinada prova atípica; ampliação de prazos para manifestação pelos assistentes técnicos ou outras modificação de aspectos procedimentais, como prazos

90 AMARAL, Paulo Osternack. op. cit., p. 35.

91 Neste sentido GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al. Teoria geral do processo*: op. cit., p. 695-696.

92 Cf. item 2.7.2.

93 Neste sentido: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. op. cit., p. 24-25. MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. op. cit. Em sentido diverso: GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-584.

94 YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? op. cit., p. 84.

95 Cf. item 3.8.2.

e sequências de depoimentos;<sup>96</sup> disponibilização prévia de documentos;<sup>97</sup> desjudicialização da prova testemunhal, produção antecipada de provas, dentre outros.

Quanto à desjudicialização da colheita da prova testemunhal visando a maior celeridade processual, aponta a doutrina a sua admissão antes<sup>98</sup> ou durante o processo judicial, em ato a ser realizado conjuntamente pelas partes, observada a necessidade de posterior documentação e juntada à respectiva ação. Além disso, o magistrado poderá determinar sua realização em juízo, com base em seus poderes instrutórios, se detectar vício que torne inválido o negócio processual ou se reputar insuficiente a prova colhida consensualmente.<sup>99</sup>

A convenção sobre produção antecipada de provas sem o requisito de urgência pode se revelar útil em investigação realizada, por exemplo, pelo Ministério Público, em que o investigado, visando à rápida solução da questão, concorde com o ajuizamento conjunto, assumindo o pagamento das custas desta ação perante o judiciário.

#### 4.10 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA

O oferecimento ou não de recurso contra determinada decisão judicial se insere dentre os poderes processuais das partes,<sup>100</sup> configurando situação jurídica que, nos termos do artigo 190 do CPC/2015, poderia, em tese, ser objeto de convenção processual obrigacional.

A doutrina aponta a possibilidade de serem firmados negócios processuais prévios ou incidentais envolvendo a fase recursal, inclusive de supressão de instância.<sup>101</sup> São elencados, contudo, alguns óbices ao objeto destas

96 GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. op. cit., p. 585.

97 ZANETI JR, Hermes. *O ministério público e o novo processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 118.

98 Sobre o tema aponta Flávio Luiz Yarshell que o negócio processual “[...] pode se prestar a instruir e a regular o processo extrajudicial, notadamente para realização de atividade de instrução preliminar, à semelhança do que se passa nos sistemas de common law.” Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?* op. cit., p. 78. Veja também MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. op. cit., p. 219-227; AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. op. cit., p. 143; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *Convenções processuais e matéria probatória no direito processual civil*. 2019. 283 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 128-131.

99 MÜLLER, Julio Guilherme. op. cit., p. 291-292.

100 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.2. op. cit., p. 237.

101 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. op. cit., p. 253-255. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização dos procedimentos e a viabilidade do recurso extraordinário per saltum

convenções: impossibilidade de previsão de novas modalidades recursais, afastamento de pressupostos de admissibilidade e previsão de hipóteses de cabimento, diante da taxatividade dos recursos e da necessidade de observância da reserva legal;<sup>102</sup> vedação à exclusão da primeira instância, com previsão de tramitação direta no Tribunal, em razão da violação ao princípio do juiz natural;<sup>103</sup> impossibilidade de afastamento da remessa necessária (artigo 496 do CPC/2015, artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 e artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).<sup>104</sup>

De uma forma geral, além dos óbices acima indicados, não se detecta vedação ao negócio processual de supressão de instância,<sup>105</sup> mesmo celebrado antes da prolação da decisão judicial,<sup>106</sup> notadamente em face do caráter relativo conferido ao princípio do duplo grau de jurisdição,<sup>107</sup> passível de conformação e limitação pelo legislador ordinário e, também agora, pela vontade das partes, com base na cláusula geral negocial.

Na tutela coletiva, contudo, não há a mesma liberdade para se convenicionar sobre a supressão de instância, notadamente em vista do princípio da disponibilidade mitigada da ação coletiva e, ainda, da necessidade de observância da regra de remessa obrigatória.

---

no CPC projetado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3. p. 506. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 633-641. RETES, Tiago Augusto Leite. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 151-160. Versão comercial de Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais.

102 Cf. item 2.7.3 supra. No mesmo sentido: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. op. cit., p. 623-629.

103 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. op. cit., p. 254. No sistema holandês há previsão de acordos sobre supressão da primeira instância (artigo 329 DCCP) e supressão da segunda instância (corte de apelação) com apreciação do recurso, *per saltum*, direto pela Suprema Corte (artigo 398 sub 2 DCCP). Neste sentido: KNIGGE, Marte; KRANS, Bart. *Contracts and procedural law: some remarks on Dutch law*. op. cit., p. 234-235.

104 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 208; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. op. cit., p. 342.

105 O sistema processual francês contempla o acordo para supressão de segunda e terceira instância, desde que em relação a direitos disponíveis, conforme se verifica no artigo 41 do *Code de Procédure Civile*. Sobre o tema, vide: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis Lições Brasileiras*. op. cit., p. 91. O artigo 632, I, do Código de Processo Civil português contém previsão similar.

106 Neste sentido: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. op. cit., p. 637-638. Em sentido contrário, destaca Barbosa Moreira a necessidade de se aguardar o pronunciamento judicial para que a parte tenha plena ciência dos efeitos da disposição. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. op. cit., p. 91-92.

107 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. op. cit., p. 367; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161-167.