



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DEBORA DA SILVA VIEIRA

**A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL NA TUTELA
COLETIVA**

BELÉM
2021

DEBORA DA SILVA VIEIRA

**A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL NA TUTELA
COLETIVA**

Dissertação apresentada à Banca Avaliadora como requisito para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias”, área temática “Normas fundamentais processuais e processo coletivo/técnicas de coletivização”.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Gisele Santos Fernandes Góes.

BELÉM
2021

DEBORA DA SILVA VIEIRA

**A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL NA TUTELA
COLETIVA**

Dissertação apresentada à Banca Avaliadora como requisito para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias”, área temática “Normas fundamentais processuais e processo coletivo/Técnicas de coletivização”.

Banca Examinadora:

Professora Gisele Santos Fernandes Góes

Doutora em Direito (PUC/SP)
Universidade Federal do Pará
Orientadora

Professor Dennis Verbicaro Soares

Doutor em Direito do Consumidor (Universidad de Salamanca)
Universidade Federal do Pará
Examinador interno

Professor Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Doutor em Direito (UFBA)
Universidade Federal de Alagoas
Examinador externo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

V6571 Vieira, Debora da Silva.
A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA
NEGOCIAL NA TUTELA COLETIVA / Debora da Silva Vieira. —
2021.
151 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Belém, 2021.

1. Legitimidade Extraordinária. 2. Negócios Jurídicos
Processuais. 3. Tutela Coletiva. I. Título.

CDD 341.4

À minha mãe, Patricia Vieira, por ter me ensinado a ler e escrever.

Ao meu avô, Aldo Vieira, por ter me ensinado a importância da vírgula no texto e no discurso.

Ao meu pai, Aldo Vieira (in memoriam), por ser minha inspiração docente ao dedicar a vida à Universidade Federal do Pará.

“Com efeito, foi ficando tão obcecado com essa leitura, que a ler passava as noites de claro em claro e os dias de turvo em turvo. E assim, o pouco dormir e o muito se ler lhe secaram de tal maneira o cérebro que acabou por perder o juízo”.

Dom Quixote de La Mancha

Miguel de Cervantes

“Tudo que faço ou medito
Fica sempre na metade.
Querendo, quero o infinito.
Fazendo, nada é verdade.”

Fernando Pessoa

“Assim, há dois tipos de artistas: o que exprime o que não tem, e o que exprime o que sobrou do que teve.”

Bernardo Soares

AEROPORTO (OU AGRADECIMENTOS, COMO COSTUMAM CHAMAR)

Avião algum decola sozinho, tampouco a aeronauta seria capaz de voar só. Ainda que fosse pássaro, que, ao revoar, não raro o faz em bando. A propósito, o substantivo “revoada” expressa o voo da ave que volta ao local de onde partiu. Reconhecer que não voei sozinha ao longo desse mestrado é o ponto de partida para estes agradecimentos, que intitulei de “aeroporto” para tentar reunir as pessoas, lugares, decolagens e pousos que me trouxeram até aqui. Escrever os agradecimentos é reviver os dois anos e meio (mais da metade deste tempo, pandêmico) que me levaram à revoada, que é também uma espécie de adeus a essa fase, por isso: *au revoir*.

Como não poderia deixar de ser, começo agradecendo à minha mãe, Patricia Vieira, por ser a mulher mais forte e obstinada que já conheci. Agradeço por ter me ensinado a ler e a escrever, cultivando em mim o hábito da leitura e semeando o talento com as palavras. Não posso deixar de agradecer, também, por ter sido um farol seguro enquanto o mundo inteiro estava nebuloso com a pandemia da Covid-19, convivendo intensamente comigo durante o *lockdown*, às vésperas do depósito da qualificação, e incentivando a compra de cada livro que pedi pela *internet*, em razão das bibliotecas fechadas durante o período pandêmico. Por isso e por muito mais, que sou incapaz de traduzir em texto, deixo meus agradecimentos.

Agradeço ao meu pai, Aldo Vieira (*in memoriam*), por ser minha eterna inspiração e ter sido o leitor mais fiel que já tive. Gostaria profundamente que estivesse aqui para ver a conclusão de meu mestrado na Universidade Federal do Pará, Instituição para a qual dedicou a vida e carreira docente. Agradeço por todas as experiências que me proporcionou em vida e, hoje, por todas as semelhanças que deixou em mim e naqueles que amo. Obrigada por viver em mim. Transcrevo um comentário seu em meu blog, escrito em 2014, que dialoga diretamente com a metáfora utilizada: “Estarei sempre com os braços abertos, pronto para lhe salvar de algum vôo mal dado. Contudo, espero que vc pilote melhor do que eu, e do que sequer consegui sonhar. Bjs, Papai”.

Ao meu avô, Aldo Vieira (também conhecido como Lobo Mau), por ter treinado comigo o discurso de oradora da turma da alfabetização e, na oportunidade, ter me ensinado que é importante pausar o discurso quando há uma vírgula. Agradeço por até hoje me chamar de Branca de Neve, lembrando-me sempre de quem somos juntos. À minha avó, Jacira Vieira, por ser um exemplo de força para mim, pois é simultaneamente doce, engraçada e sarcástica, características que amo demais. Agradeço também pelo presente de aniversário deste ano: a mesa de estudos foi essencial para a escrita da dissertação.

Ao meu tio, Arthur Vieira, por ser minha figura paterna em vida. Agradeço pelas conversas, passeios de moto, abraços, e, sobretudo, por sempre estar aqui. Obrigada pelo apoio, aconchego e amizade, características típicas de um pai. Obrigada, também, pelo computador que me deu de presente, permitindo o desenvolvimento do meu trabalho quando tudo parecia perdido.

À minha irmã, Gabriela Vieira, por ter me incentivado durante a seleção de mestrado, pelo chocolate que me deu de presente quando fui aprovada na primeira fase e por suportar a convivência (nem sempre fácil) comigo.

À minha irmã, Amanda Vieira, por ser um abrigo e porto seguro, antes mesmo de eu cogitar ser aeronauta. Obrigada pelo quarto, conversas, abraços, e todo o resto que sei que sabes. Obrigada por ter sido o meu amparo na reta final da escrita deste trabalho, por me suportar e ser suporte. Ao meu sobrinho, Yuuki, por fazer meus olhos brilharem e trazer mais alegria para os meus dias.

Aos meus familiares que, de perto ou de longe, estiveram comigo, em especial à tia Márcia Santos, tia Eliane Bezerra e tio Ailton Vieira. Estendo os agradecimentos à tia Márcia Mácola, por sempre me incentivar, conversar, ouvir e se fazer presente. Amo vocês.

À Meg, Leia e Arwen, por serem minhas fiéis companheiras durante os dias, noites e madrugadas ao longo da graduação e do mestrado. Obrigada pelas lambidas, roncos, mordidas e presepadas que me arrancaram gargalhadas, mesmo nos dias mais difíceis. Gostaria que vocês fossem à defesa, mas cachorros ainda não sabem usar o computador.

Toda a movimentação do aeroporto pressupõe a presença de pessoas vindas de todos os cantos. Entre voos que acabaram de pousar e outros que já decolaram, alguns passageiros embarcaram e outros desembarcaram, o que não diminui a importância de cada um deles para essa história, que também é uma história de amizade.

Agradeço aos amigos Clarice Santos, Leonardo Peres e Matheus Dias Ferreira pelo apoio, empréstimos de livros e trocas de ideias. Agradeço, também, à Diana Dias Ferreira, por ter emprestado os seus livros particulares, a pedido do Matheus.

Às amigas Janaina Vieira Homci e Shayane Paixão, por terem sido minhas companheiras de mestrado, compartilhando disciplinas, caronas, cafés, vinhos, alegrias e angústias. Eu não poderia ter encontrado amigas melhores para fazerem essa viagem comigo, fico feliz que nossos caminhos tenham se cruzado.

À Ana Paula Monteiro, por acompanhar a minha história desde o início e se fazer presente sempre que pode, fazendo-me rir até doer a barriga. À Ana Carolina Albuquerque, por ter sido um apoio essencial durante a seleção e o início da advocacia, sendo uma daquelas

amigas-irmãs que a gente não esquece, mesmo que o tempo passe. À Ruanne Ribeiro, por sempre estar aqui, com um “Debinha” aconchegante e conselhos cuidadosos, compartilhando as experiências do mestrado, da escrita e da docência. Ao Geraldo Magela, pelos cafés, abraços e escuta, e por ser um amigo tão querido e de longa data. À Damiana Farias, por ser uma grande amiga e por torcer por mim genuinamente.

À Jessyca Souza, por entender minhas inquietações, identificar o que não externalizo, apoiar meus sonhos e vibrar por minhas conquistas. Obrigada por me ensinar tanto, como amiga e como minha professora no NPJ. Obrigada pela tua amizade, ainda que não gostes de café (o que é um ponto crítico).

À Amanda Passos, pelo apoio incondicional na reta final da escrita. Ao Lucas do Couto, pelas conversas, desabafos, risadas e idas ao shopping. Vocês desembarcaram em meu aeroporto num momento crucial, sendo essenciais quando precisei e nunca esquecerei disso.

Se as pessoas que passam pelo aeroporto não podem ser esquecidas, tampouco seria admissível esquecer daqueles que ensinaram a aeronauta a voar. Por isso, registro os agradecimentos aos meus professores.

Primeiramente, à minha orientadora, Professora Gisele Góes, pela acolhida na UFPA, pelos aprendizados nas disciplinas do PPGD/UFPA e na vida. Obrigada por ser uma pessoa tão representativa na luta pela igualdade de gênero no direito processual civil, por fazer parte da minha história e apoiar a escolha do meu tema.

Não podemos esquecer quais foram a partida e o destino do nosso primeiro voo, por isso agradeço profundamente aos professores do Centro Universitário do Estado do Pará, responsáveis por minha formação na graduação. Agradeço, em especial, aos que mencionarei a seguir. Ao Professor Michel Ferro e Silva, por ter sido minha primeira inspiração e meu primeiro incentivador no estudo do direito processual civil. Agradeço ao Professor Michel, também, por ter me orientado na escrita de meu primeiro artigo científico, com o qual fui finalista ao Prêmio IBDP, no III Congresso Mulheres no Processo Civil. Nunca esquecerei o apoio que o senhor me deu naquela oportunidade, recebendo-me em seu escritório e interrompendo seu jantar (que, lembro-me, era sopa), mesmo após um dia muito cansativo.

Ao Professor Elísio Bastos, por ter conversado comigo sobre quais caminhos eu precisaria percorrer para chegar ao mestrado, quando eu ainda estava no quinto semestre do curso. Ao Professor Jean Carlos Dias, por ter sido meu orientador na iniciação científica, no trabalho de conclusão de curso e nos grupos de pesquisa dos quais participei. Vocês dois foram e sempre serão grandes mestres “Jedi” em minha vida, como costumávamos brincar no escritório, quando eu era estagiária de vocês.

Ao Professor Adelman Olivério, por todos os ensinamentos de quando fui sua aluna e, posteriormente, monitora. Obrigada por me ensinar que é preciso ter serenidade para encarar as situações da vida, mesmo as mais difíceis. Não posso deixar de agradecer por todas as oportunidades e por ser um chefe incrível no NPJ/CESUPA, apoiando meus sonhos e ouvindo minhas incertezas. Obrigada por tudo, de coração.

No PPGD/UFPA, começo agradecendo à Professora Rosalina Costa, pelos aprendizados nas matérias, risadas vespertinas, conversas divertidas e por, à força, ter me ensinado a tomar café sem açúcar (sendo cúmplice da Shayane nessa empreitada). Ao Professor Breno Baia, por ser um exemplo de pesquisador, pelo apoio e por todo o aprendizado na desafiadora disciplina de Teoria Política Constitucional. Aos Professores Antonio Maués, Jane Beltrão e Cristina Terezo por todos os ensinamentos em Teoria dos Direitos Humanos, disciplina que me fez crescer como pesquisadora e como pessoa. Aos Professores Ricardo Dib Taxi, Ricardo Evandro e João Daniel, pelo aprendizado em Teoria do Direito, fornecendo novas perspectivas a cada aula.

Ao Professor Dennis Verbicaro, pelas lições em sua disciplina e, sobretudo, pela avaliação cuidadosa do meu trabalho em minha qualificação, cuja contribuição foi determinante para a versão apresentada para defesa. Ao Professor Pedro Henrique Nogueira, também pelas considerações feitas em meu exame de qualificação, sendo referência para meu estudo muito antes disso, já que sua obra foi uma das inspirações para a escolha do tema. Agradeço a ambos pelo aceite do convite para a qualificação e, agora, para a defesa de minha dissertação.

Ao PPGD/UFPA, por todo o suporte durante o período desse mestrado. Registro, em especial, os agradecimentos a Jessika Carvalho, secretária do PPGD, que sempre está disposta a nos ajudar (mesmo quando estamos loucos e perdidos).

Ao Professor Rafael Rolo, por todo o auxílio e diálogo antes da entrega da qualificação deste trabalho.

Aos professores do Grupo de Estudos Avançados em Processo, da Fundação Arcadas/USP, pelo semestre de 2020.2 e por ampliar meus horizontes.

À Processualistas, pela iniciativa das Jovens Processualistas, da qual tenho a honra de fazer parte. Não tenho palavras para expressar a gratidão que sinto pelo projeto e por cada pessoa que, de alguma forma, entrou na minha vida a partir dele. Obrigada por todas as reuniões, que muito contribuíram para as ideias aqui escritas. Neste momento, além do coletivo, estendo os agradecimentos a algumas pessoas.

À Carolina Uzeda, por ter me dado alguns solavancos, sempre que necessário, e, simultaneamente, incentivar que eu seja corajosa e sonhe alto (com algumas frases emblemáticas, que talvez nem saibas que dizes). À Thais Paschoal, por estar sempre perto e representar o equilíbrio entre a incisividade e a doçura, sendo também uma referência para a professora que quero ser um dia. À Fernanda Pantoja, por todos os ensinamentos no projeto de direito comparado, cuja paciência, acolhimento e simpatia fizeram com que eu me sentisse segura mesmo diante das minhas dificuldades.

Às Jovens Processualistas, por serem companheiras de jornada e amigas à distância, encontrando pontos em comum entre nossas diferentes histórias, sotaques, escolas e culturas. Em especial, à Manoela Munhoz, que se tornou uma amiga querida, com quem compartilho meu cotidiano, projetos, bastidores e aventuras. À Gabrielly de Souza, por todas as nossas inesperadas semelhanças, pelas risadas descontroladas e pela honestidade em dividir sonhos, encorajando uma à outra.

Ao Professor Robson Renault Godinho, pelo cuidado em responder minhas perguntas, permitindo um debate franco de ideias e conversas inesquecíveis, deixando algumas lições sobre processo, mas, também, sobre humildade e crescimento constante.

Ao Professor Fredie Didier Jr., por ter permitido minha participação como ouvinte em sua disciplina do PPGD da Universidade Federal da Bahia, cujos debates, inegavelmente, contribuíram de veras para algumas ideias aqui desenvolvidas. Agradeço, também, por ter sido o seu texto sobre legitimidade extraordinária negocial a primeira fonte de inspiração para a escolha do meu tema.

Aos Professores e amigos que me convidaram para participar de suas turmas de graduação, nunca esquecerei do incentivo e das oportunidades. Obrigada, Bernardo Pereira, Sandra Lurine e Vitor Fonsêca, por serem pessoas maravilhosas e que acreditam no trabalho de pessoas jovens como eu. Agradeço também ao Professor Maurilio Maia, pelo convite para participar de obra coletiva, indicação bibliográfica e pelos ricos diálogos.

Não posso deixar de agradecer aos meus colegas de trabalho no Núcleo de Práticas Jurídicas do CESUPA, em especial à Fernanda Maia e ao Tiago Borges, por serem incansáveis, competentes e, sobretudo, amigos queridos, com quem tenho o prazer de rir e partilhar guloseimas.

Por fim, agradeço ao meu amor e melhor amigo, Lucas Mácola. Os voos da vida são inesperados, mas há sempre a possibilidade de pousos que levem ao reencontro. Obrigada por acompanhar meus passos e incentivar meus sonhos mais loucos, incluindo as histórias que ainda não escrevemos.

Caso eu tenha esquecido de alguém, desde logo peço perdão. As horas se passaram, já fiz o *check-in* e despachei a bagagem – o que é curioso, já que, pela primeira vez, o avião será pilotado por mim. Ainda no aeroporto, a tela de horários indica que chegou a hora de revoar: *au revoir*.

“É sempre difícil identificar as causas de fenômenos como o que ora se examina, e sobretudo avaliar os diferentes pesos de cada uma delas. A honestidade intelectual sugere ao estudioso que seja modesto em suas pretensões e não se atreva a oferecer como verdades dogmáticas o que não passa, nem pode passar, do plano das conjecturas. Dito isso, fica ele autorizado a formular algumas hipóteses, naturalmente sujeitas à confirmação ou ao desmentido da ciência e da experiência.”

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

A presente pesquisa objetiva repensar o instituto da legitimidade ativa na tutela coletiva, questionando a possibilidade de negociação processual sobre a legitimidade extraordinária na tutela coletiva. Trata-se de temática que busca investigar o afã perseguido pelo atual sistema processual brasileiro: a capacidade de colaboração de todos os sujeitos processuais, inclusive os que venham a se tornar por meio de convenções processuais. Para o desenvolvimento da pesquisa, localiza-se criticamente a legitimidade na teoria geral do processo, visando demonstrar a necessidade de uma perspectiva dinâmica e contemporânea sobre o instituto. Trata-se de premissa necessária para a afirmação de que a cláusula geral de negociação atípica, disposta no art. 190 do CPC, cumulada com a mudança redacional do termo “lei” para “ordenamento jurídico” no art. 18 do Código, permite que seja celebrado negócio jurídico processual que verse sobre a legitimidade ativa, inclusive na tutela coletiva. Considerando esse contexto, bem como as diretrizes referentes à negociação processual atípica, busca-se criar o sustentáculo para testar a hipótese central colocada na presente pesquisa, a qual refere-se à possibilidade de negociação jurídica processual sobre a legitimidade extraordinária coletiva, de tal modo que não implique, diretamente, na ampliação do rol legal de legitimados ativos, mas tão somente a interpretação dos dispositivos legais. Trata-se de hipótese a ser confirmada, não propriamente em razão da interpretação doutrinária e legal do ordenamento, mas sobretudo porque os conflitos dirimidos em sede de tutela coletiva demandam atitude colaborativa dos sujeitos envolvidos endo e extraprocessualmente, de modo que se entende que a tutela coletiva brasileira alcançou estágio de maturidade capaz de proporcionar a revisitação de seus institutos basilares, no caso, a legitimidade. Busca-se, portanto, lançar luzes contemporâneas sobre a legitimidade coletiva, a partir do estudo dos negócios jurídicos processuais.

Palavras-chave: Legitimidade Extraordinária. Negócios Jurídicos Processuais. Tutela Coletiva.

ABSTRACT

This research aims to rethink the institute of active legitimacy in collective process, questioning the possibility of procedural negotiation about active legitimacy in collective tutelage. It is a theme that seeks to investigate the eagerness pursued by the current Brazilian procedural system: the capacity for collaboration of all procedural subjects, including those who may become through procedural conventions. For the development of the research, the active legitimacy is critically located in the general theory of process, aiming to demonstrate the need for a dynamic and contemporary perspective on the institute. This is a necessary premise for the assertion that the general clause on atypical procedural agreements, provided for in art. 190 of the CPC, combined with the wording change of the term "law" to "legal order" in art. 18 of the Code, allows for a procedural agreement that deals with active legitimacy, including in collective process. Considering this context, as well as the guidelines regarding atypical procedural agreements, we seek to create the support to test the central hypothesis placed in this research, which refers to the possibility of atypical procedural agreement on the active legitimacy, in such a way that does not directly imply the expansion of the legal list of legitimate assets, but only the interpretation of law. This is a hypothesis to be confirmed, not exactly due to the doctrinal and legal interpretation of the legal order, but mainly because the conflicts settled in the context of collective processes demand a collaborative attitude of the subjects involved endo and extra-procedurally, so that it is understood that the collective process reached a stage of maturity capable of revisiting its basic institutes, in this case, legitimacy. The aim is, therefore, to shed contemporary light on active legitimacy, based on the study of atypical procedural agreements.

Keywords: Active legitimacy. Vulnerability. Procedural agreements. Collective process.

LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil de 2015
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/39	Código de Processo Civil de 1939
CR	Constituição da República
CTN	Código Tributário Nacional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PA	Estado do Pará
PL	Projeto de Lei
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

1 O AQUECIMENTO DAS TURBINAS: INTRODUÇÃO	14
2 O PLANO DE VOO: A LEGITIMIDADE ATIVA NA TUTELA COLETIVA.....	18
2.1 A legitimidade na teoria geral do processo: dos pensamentos clássicos aos contemporâneos	18
2.1.1 A legitimidade para a causa como “condição da ação”	18
2.1.2 O pensamento contemporâneo sobre a (in)existência das “condições da ação” e seus reflexos na legitimidade	27
2.1.3 O ponto de partida deste trabalho.....	30
2.2 A legitimidade na tutela coletiva	31
2.2.1 Noções gerais sobre a legitimidade: ordinária ou extraordinária.....	31
2.2.2 Quem pode veicular a pretensão: a voz ouvida e a representatividade adequada..	39
2.2.3 A legitimação conglobante e a legitimação autônoma na tutela coletiva	55
3 O NOVO CÁLCULO DA ROTA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL: OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL.....	59
3.1 Considerações introdutórias sobre os negócios jurídicos processuais	59
3.1.1 A latitude: da teoria do fato jurídico aos fatos jurídicos processuais.....	59
3.1.2 A longitude: os negócios jurídicos processuais e a cláusula geral de negociação atípica.....	65
3.2 A altitude: a legitimidade extraordinária negocial do ponto de vista da tutela individual.....	77
4 A DECOLAGEM: A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL NA TUTELA COLETIVA.....	87
4.1 Negócios jurídicos processuais na tutela coletiva.....	87
4.2 Novos horizontes para a legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária ativa negocial.....	95
4.2.1 Possibilidade de realização do negócio jurídico processual sobre legitimidade em Termo de Ajustamento de Conduta.....	100
4.2.2 Por que as intervenções de terceiros nem sempre serão suficientes?.....	102
4.2.3 As partes do negócio jurídico processual sobre legitimidade extraordinária.....	107
4.2.4 Controle de validade judicial do negócio jurídico processual sobre legitimidade: a análise da representatividade adequada e a certificação coletiva.....	109
4.2.5 Dissensos entre grupos e a delegação parcial da legitimidade: o legitimado extraordinário negocial agindo em nome de subconjunto dentro do conjunto universo	113

4.2.6 Litisconsórcio e assistência litisconsorcial dos legitimados legais e do legitimado negocial.....	115
4.2.7 Algumas possibilidades.....	117
5 O POUSO: CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	135

1 O AQUECIMENTO DAS TURBINAS: INTRODUÇÃO

Para além da dogmática processual, vista de uma perspectiva técnico-jurídica, o processo caminha, passo a passo, para uma crítica sociopolítica do sistema, o que “transforma o processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades”. O sistema processual é utilizado para alcançar os objetivos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição, como se nota pelos intensos debates sobre processos estruturais, processos coletivos e processos de interesse público¹ (GRINOVER, 1996, p. 9).

O sentido sociopolítico do processo está arraigado em cada instituto, desde as nuances do acesso à justiça, contraditório, cooperação processual, inafastabilidade da jurisdição, segurança jurídica... até o trânsito em julgado e a efetividade da tutela executiva. Estudar o processo é manter acesa a busca pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais², seja no âmbito individual ou coletivo.

Não escapa dessa perspectiva a *legitimidade*. Tradicionalmente estudada na teoria geral do processo, a legitimidade não se restringe ao processo, tampouco ao direito. Donaldo Armelin inicia a sua clássica monografia sobre o tema sustentando que a legitimidade não é um conceito exclusivamente jurídico (1979, p. 5-6), o que é corroborado pela contribuição de Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 28) no plano sociológico, cuja argumentação seguiu (também) no sentido de que a participação dos cidadãos – individualmente ou em grupos organizados – e a ampliação dos conceitos de legitimidade e interesse das partes amplificam a democratização da administração da justiça na vertente que diz respeito à formatação interna do processo, reforçando o que denominou de “nova política judiciária”.

Quanto ao estágio atual da tutela coletiva, a LACP e o CDC atribuem a legitimidade ativa na tutela coletiva a determinados órgãos e entes, dentre os quais, o Ministério Público, a Defensoria, as Associações, os partidos políticos... Isto é, limitando a legitimidade a algumas instituições públicas e privadas que, em tese, estariam aptas a veicular adequadamente os interesses transindividuais da coletividade que substituem processualmente.

O amadurecimento teórico e prático da tutela coletiva permite que sejam formuladas três perguntas: 1) a escolha pela restrição da legitimidade ativa na tutela coletiva foi, de fato,

¹ Sem olvidar a conceituação das terminologias.

² Vitor Fonsêca (2018, p. 33), em tese de doutoramento, analisou os direitos humanos aplicáveis ao Processo, de uma perspectiva internacional, aduzindo que a internacionalização do processo necessariamente perpassa pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo o Brasil signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992.

acertada? 2) Chegou a hora de rever e ampliar o rol de legitimados? 3) Já há, no sistema processual civil, amparo normativo para a atuação de outros legitimados extraordinários além dos previstos legalmente?

Sim, para todos os questionamentos. A legislação coletiva brasileira revolucionou o processo civil (GRINOVER, 2016, p. 56-57) na época de sua formulação, ao passo que construiu bases sólidas para que se faça perguntas como essas. No entanto, ainda que o sistema funcione, é imprescindível que a pedra seja lapidada e, tal como os diamantes, deve-se observar bem os pontos de alterações para valorizar a natureza da joia.

Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 29) argumentou que “quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada”. Calmon de Passos (2016, p. 113), como jurista, recusou-se a “lavar as mãos diante do político, do social e do econômico, fazendo crer aos menos informados que nossa cumplicidade com o pior é apenas uma dolorosa e inexcusável consequência da neutralidade de nosso saber, técnico e objetivo, cabendo-nos apenas lamentar que a realidade não se ajuste a nosso leito de Procusto”. O processualista não deve lavar as mãos, e é exatamente por isso que a dogmática está em constante aprimoramento, inclusive no âmbito da tutela coletiva, lançando novas luzes sobre os institutos clássicos, conforme a necessidade dos tempos vividos.

O objetivo desta pesquisa não é propor a ampliação do rol legal, tendo em vista que é a flexibilização procedimental que permite que o processo em concreto se adeque às necessidades do caso, mediante negócio processual, inclusive sobre legitimidade para agir. O rol legal é insuficiente em determinados casos, pois é a realidade que vai fornecer os contornos específicos para justificar o interesse e a legitimidade. Por essa razão, a alteração legislativa não seria o bastante, uma vez que é a riqueza do caso que vai direcionar para a solução que melhor contemple a defesa dos direitos do grupo, por meio da legitimidade negocial.

A sociedade está em constante modificação, assim como seus anseios, de tal forma que a legislação jamais conseguirá acompanhar essas mudanças. É não só importante, como imprescindível, considerar os impactos da mudança redacional do art. 18 do CPC, bem como a amplitude da cláusula geral de negociação atípica, inclusive no que diz respeito à tutela coletiva.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa foi responder ao seguinte questionamento: a legitimidade extraordinária de origem negocial é viável na tutela coletiva brasileira?

Como metodologia para elaboração do plano de voo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, testando a hipótese de possibilidade de atribuição de legitimidade extraordinária negocialmente na tutela coletiva. A presente pesquisa investigou, primeiramente, teorias e posicionamentos sobre a legitimidade extraordinária enquanto negócio jurídico processual no âmbito da tutela coletiva, de modo que a dissertação foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, com a análise de textos normativos, além de estudos doutrinários extraídos de livros, periódicos, teses e dissertações sobre a problemática enfrentada.

Acredita-se que a tutela coletiva brasileira chegou um patamar de maturidade em que é necessário (re)discutir noções basilares – tidas, não raro, como axiomas³ –, para que elas acompanhem tanto o amadurecimento acadêmico e prático da tutela coletiva, quanto as modificações sociais e necessidades decorrentes de tais alterações. Entende-se que revisitar a legitimidade ativa na tutela coletiva a partir da ótica da negociação processual, apesar de controverso, é indispensável.

Justamente por isso, realizou-se a abordagem desde a sua gênese: a teoria geral do processo. Analisou-se a legitimidade processual na seara individual e coletiva, passando, necessariamente, pela representatividade adequada, em um brevíssimo paralelo musical com a *Rule 23* e suas *class actions*.

Diante das atualizações pelas quais o direito processual civil passou, foi necessário um novo cálculo da rota, que se deu pela abordagem dos negócios jurídicos processuais, partindo da teoria do fato jurídico processual, a fim de calcular adequadamente a latitude e a longitude do destino, para que se chegasse à altitude necessária: a legitimidade extraordinária negocial do ponto de vista da tutela individual, hipótese que vem sendo defendida por parte da doutrina, em atenção ao art. 18 do CPC, cumulado com a cláusula geral de negociação atípica disposta no art. 190 do Código.

Para a decolagem da aeronave, fechou-se as portas e recomendou-se o afivelamento dos cintos, iniciando com a análise dos negócios jurídicos processuais na tutela coletiva enquanto o avião iniciava a sua saída da pista. No ar, observou-se novos horizontes para a legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária negocial.

Rubem Alves (2018, p. 85) escreveu que “uma das características do nosso momento histórico é o caráter efêmero das respostas. Quem sabe as respostas logo fica sabendo nada.

³ Definição de axioma (SANTOS, 2014, p. 1): “Definição 1.1.1 (Axiomas): São verdades inquestionáveis universalmente válidas, muitas vezes utilizadas como princípios na construção de uma teoria ou como base para uma argumentação”.

Pensar não é saber as respostas. Pensar é saber fazer perguntas”. Por isso, reconhece-se desde logo a efemeridade das respostas encontradas, de modo que a pesquisa não termina, efetivamente, quando ela é entregue. Para tanto, entrega-se o plano de voo de um avião com aerodinâmica suficiente para alçar altitudes capazes proporcionar a visão de novos horizontes.

2 O PLANO DE VOO: A LEGITIMIDADE ATIVA NA TUTELA COLETIVA

As discussões sobre legitimidade transcendem a troposfera processual e alcançam a estratosfera das discussões sobre sociologia jurídica, ciência política e filosofia, representando um tema com perfil tão profundo quanto sua interdisciplinaridade. No que tange ao Processo, muito se discute sobre a legitimidade da jurisdição, que, conforme assevera Dinamarco (1987, p. 197), é uma projeção da problemática da legitimidade do poder⁴.

Em obra clássica intitulada *Legitimidade Para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, Donaldo Armelin introduziu o tema ressaltando justamente que a legitimidade não é um conceito exclusivamente jurídico⁵ (1979, p. 5). Voltando os olhos para um aspecto distinto do mencionado anteriormente, tem-se a legitimidade para atuar em juízo, a qual se desdobra em incontáveis questionamentos, condizentes com a sua complexidade, sendo a legitimidade processual “um dos temas clássicos, praticamente inesgotável na teoria do processo” (NOGUEIRA, 2014, p. 71).

Invertendo o rumo da estratosfera à troposfera, o objetivo é aprofundar nesta direção, de modo que buscar-se-á, nesta seção, realizar uma viagem ao centro da legitimidade ativa coletiva, passando pela legitimidade na Teoria Geral do Processo, seguindo para o manto das noções gerais sobre a legitimidade, até chegar ao núcleo da legitimidade processual na tutela coletiva.

2.1 A legitimidade na teoria geral do processo: dos pensamentos clássicos aos contemporâneos

2.1.1 A legitimidade para a causa como “condição da ação”

⁴ Nas palavras do autor (DINAMARCO, 1987, p. 197): “Não se cuida propriamente de examinar a legitimidade das outras manifestações do poder, simplesmente porque uno é este e cada uma dessas manifestações carece de autonomia sistemática e mesmo conceitual. Pensa-se na legitimidade da jurisdição como mera projeção ou aspecto da problemática da legitimidade do poder.”

⁵ Válida a citação de um trecho das considerações gerais sobre a legitimidade feitas pelo autor (ARMELIN, 1979, p. 6): “O fenômeno sociológico se reflete no campo jurídico, já que, neste, a legitimidade acima reportada é a racional, ou legal, decorrente da “crença na legalidade do sistema legal e dos poderes dos escolhidos pelo sistema para exercer a autoridade” e asseguradora da probabilidade de eficácia dos comandos dos dominantes em relação aos dominados. Desde a outorga de poder à autoridade suprema do grupo social, *in casu*, do Estado, até a outorga de uma faculdade jurídica a um determinado sujeito de direito, encontra-se subjacente a esse relacionamento jurídico o fenômeno da dominação, pois, em graus e esferas de amplitude maiores ou menores, a vontade de um indivíduo se sobrepõe à de outro ou de todos os membros do grupo, devidamente amparada pelo sistema legal, que, normalmente, enquanto atribui poderes, direitos, faculdades, cria, correlatamente, cargos, obrigações e ônus, respectivamente, nos polos ativo e passivo de tal relacionamento.”

Conforme enunciado introdutoriamente, a legitimidade é um dos temas catedráticos da ciência do direito processual civil, mas, antes de tratar da legitimidade propriamente, é necessário passar por algumas noções basilares⁶. Ressalta-se que, neste ponto, a abordagem será feita de forma expositiva, com o objetivo de conduzir, posteriormente, ao posicionamento adotado no presente trabalho.

Ao analisar o fenômeno do exercício da função jurisdicional, é necessário observar que alguém exerce o “direito de ação”, provocando a jurisdição, a qual será efetivada mediante diversos atos que representam o processo. O direito de ação foi reconhecido como autônomo, desprendendo-se absolutamente do direito subjetivo material, o que se revela como uma conquista da ciência do direito processual (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 249).

Ocorre que, antes da consagração da autonomia do direito de ação, a ciência processual enfrentou controvérsias, destacando-se entre elas as teorias da ação como direito autônomo e concreto, da ação como direito autônomo e abstrato e, por fim, a teoria eclética da ação, sendo esta última capitaneada por Enrico Tullio Liebman no Brasil.

A princípio, a teoria imanentista da ação defendia que não haveria ação sem a existência do direito, e vice-versa, de tal forma que a ação seguiria a natureza do direito (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 250).

No entanto, representando uma virada no direito processual, surgiram teorias que se desempenharam no sentido de defender a *autonomia* do direito de ação. Primeiramente, a

⁶ A temática da legitimidade é trabalhada dentro da teoria geral do processo. Acerca da teoria geral do processo, deixa-se registradas as palavras de Fredie Didier Jr. (2012, p. 69-70): “The relation between the General Theory of Procedure and the Science of Procedural Law (Dogmatic Science of Procedural or, simply, Science of Procedure) is the same as that established between the General Theory of Law and the (dogmatic) Science of Law. The General Theory of Procedure is the epistemological language about legal-dogmatic language; it is a language about language. It consists of a set of doctrinal discourses, of a non-normative nature, products of scientific or philosophical work. The Science of Procedure deals with the dogmatic examination of Procedural Law by formulating guidelines, presenting principles and offering assistance for an adequate understanding and enforcement of its rules.”. Em tradução livre feita pela autora: “A relação entre a Teoria Geral do Processo e a ciência do Direito Processual (Ciência Dogmática Processual, ou simplesmente ciência Processual) é a mesma que se estabelece entre a Teoria Geral do Direito e a Ciência (dogmática) do Direito. A Teoria Geral do Processo é a linguagem epistemológica da linguagem jurídico-dogmática: é uma linguagem sobre linguagem. Consiste em uma gama de discursos doutrinários de caráter não-normativo, produtos de trabalhos científicos ou filosóficos. A ciência processual formula diretrizes para o Direito Processual, apresentando princípios e oferecendo subsídios para o entendimento adequado do cumprimento das normas. Nesse sentido, pertencem ao mesmo tipo: ambos se manifestam como doutrinas e assumem as funções atribuídas a estas. As teorias doutrinárias são “conjuntos de argumentos”: consistem em um “corpo de fórmulas persuasivas que influenciam o comportamento dos destinatários, sem os obrigar, mas apelando à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a capacidade de resolver possíveis conflitos.” É seguindo essa premissa que este trabalho se desenvolve, a partir de um estudo diletante da legitimidade, com direcionamento para a legitimidade coletiva, a fim de fornecer subsídios para uma adequada interpretação da dogmática contemporânea.

teoria da ação como direito autônomo e concreto sustentou que o direito de ação não pressupõe a violação de direito subjetivo – tendo em vista as ações com pretensões declaratórias –, mas o direito de ação só existiria em caso de prolação de sentença favorável.

Para essa corrente, o direito de ação seria autônomo e concreto, ou seja, apenas existiria quando existisse o direito subjetivo (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 251). Em suma, o direito de ação, quando considerado concreto, seria o “direito a obter do Poder Judiciário uma sentença favorável”⁷ (BUZAID, 1977, p. 138).

Aliado à corrente da teoria concreta, Chiovenda defendeu que a ação seria um direito potestativo, diverso do direito material que será levado à juízo. No entanto, para o autor, o direito de ação não seria subjetivo, tampouco de natureza pública⁸ (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 251). A teoria da ação concreta, como direito potestativo, foi sustentada por Chiovenda como sendo “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei”⁹ (SILVA, GOMES, 2000, p. 106). Sob essa perspectiva, Pedro Henrique Nogueira (2006, p. 41) clarificou a perspectiva de Chiovenda acerca da teoria concreta:

Outro partidário da concepção concreta foi G. Chiovenda, para quem a ação seria o direito de se obter a realização da vontade concreta da lei através do processo, em virtude de sua não realização por ato do obrigado. Em outros termos, não cumprida a vontade concreta da lei voluntariamente pelo obrigado, surgiria para o autor a possibilidade de obtê-la processualmente.

Entrementes, a teoria da ação como direito autônomo e abstrato¹⁰ surgiu agregando defensores, os quais sustentaram a ação como direito abstrato de agir, independentemente da existência de direito material. Isto é, existiria ação diante de uma sentença de improcedência e até mesmo diante de uma sentença que acolhesse injustamente a pretensão do autor (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 252).

É importante observar que o processo civil era considerado, até meados do século XIX, como um apêndice do direito civil, sem o qual ele não precisaria existir. No entanto, em um contexto de transformações ocorridas na Alemanha nesse período, em 1868, Oskar von

⁷ A concepção é notoriamente criticável, uma vez que seriam inexplicáveis as sentenças de improcedência (SILVA, GOMES, 2000, p. 105).

⁸ Relevante a citação de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 251): “Mais precisamente, a ação configura poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com o seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito”.

⁹ A teoria desenvolvida por Chiovenda também foi alvo de críticas, tendo em vista a ausência de obrigações por parte do réu, mesmo diante do exercício de um direito potestativo por parte do autor, o que representaria uma relação jurídica deformada, tendo um termo apenas (SILVA, GOMES, 2000, p. 105).

¹⁰ Donaldo Armelin (1979, p. 34) adota a premissa do conceito de ação como direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, qualquer que seja essa decisão, favorável ou desfavorável, estando esse direito sujeito a “condições que esgarçam sua abstratividade, por vinculá-la a certa realidade fático-jurídica 0 realidade essa pelo menos de ordem processual (...).

Bülow publicou a obra considerada fundadora da ciência do direito processual¹¹, coroando sua autonomia em relação ao direito civil. Nelson Nery Jr. (1991, p. 1) destacou que “a doutrina alemã evoluiu da tratativa da *actio* do direito romano, para a doutrina da *Anspruch* (pretensão), que culminou com a firme teoria do direito abstrato de ação”.

Bülow, na supramencionada obra, tratou das exceções e pressupostos processuais (*Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen*). A tradução da obra histórica foi publicada em 1964, em espanhol, valendo a menção de trecho das palavras do Oskar von Bülow¹² (1964, p. 27):

Desde entonces no se há vuelto a oír otra crítica. Tampoco de parte de la ciencia del proceso civil romano nuevamente surgida. Aunque ésta há estudiado con especial predilección la teoría de las excepciones y la ha purificado de muchos errores, mediante numerosas y algunas excelentes investigaciones, sin embargo, há llegado a lo peor: a basar la naturaleza de las excepciones en la mayor y más deformante equivocación. Se separo de la serie de supuestas excepciones procesales del derecho romano algunas pocas, que, como la *exceptio excussionis*, eran evidentemente materiales (de fondo) o que la *exceptio pluris petitionis*, no habían existido, en absoluto, en el derecho romano. También se acentuó el intrascendente descubrimiento de que algunas excepciones habían llevado el nombre de *praescriptio* em los primeiros tempos del procedimiento formulario. Pero que en el processo civil romano haya habido excepciones procesales y em la forma de “excepciones” puras – que debían ser incluídas em la fórmula y examinadas “in iudicio” – fue aceptado como exacto unánimemente.

Para a corrente do direito abstrato de ação, portanto, a ação seria um direito exercido em face do Estado. Partidário dessa teoria, mas com algumas particularidades, Carnelutti defendeu que o direito de ação não seria dirigido contra o Estado, mas sim contra o juiz (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 252).

Por fim, a teoria eclética da ação, capitaneada por Enrico Tullio Liebman no Brasil, para o qual a ação seria um direito subjetivo processual, e não um direito subjetivo material (BUZAID, 1977, p. 139). É necessário ressaltar, contudo, que Liebman é visto, sobretudo, como abstrativista, mas desenvolve teoria própria sobre o direito de ação. Em outras palavras,

¹¹ Ada Pellegrini Grinover, ao revisitar algumas de suas concepções sobre a teoria geral do processo, na obra “*Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*” (2016), dedicou o livro a Oskar von Bülow, referindo-se a ele como “o grande inovador do direito processual no séc. XIX”.

¹² Tradução livre feita pela autora: “Desde então, nenhuma outra crítica foi ouvida. Nem da ciência recém-surgida do processo civil romano. Embora tenha estudado com especial predileção a teoria das exceções e a tenha purificado de muitos equívocos, mediante numerosas e algumas excelentes investigações, no entanto, atingiu o pior: basear a natureza das exceções no maior e deformador equívoco. Algumas foram separadas da série de supostas exceções procedimentais do direito romano, que, como a *exceptio excussionis*, eram evidentemente materiais (em segundo plano) ou, como a *exceptio pluris petitionis*, não existia de todo no direito romano. A descoberta inconsequente de que algumas exceções foram chamadas de *praescriptio* nos estágios iniciais do procedimento formal também foi acentuada. Mas que no processo civil romano havia exceções procedimentais e na forma de puras “exceções” – que deveriam ter sido incluídas na fórmula e examinadas “in iudicio” – foi unanimemente aceito como correto.”

o mencionado autor não pressupunha a existência de direito subjetivo material, mas sim defendia que as partes teriam um direito subjetivo processual, que seria o equivalente ao poder de promover o processo (NOGUEIRA, 2006, p. 44).

Para tanto, o exercício do direito de ação pressupõe a existência de condições para seu exercício, dando origem à consagrada expressão “condições da ação”¹³, sendo elas, a princípio¹⁴: a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido (BUZAID, 1977, p. 139). Sem tais condições, o processo seria extinto por “carência de ação” (LIEBMAN, 2005, p. 203). Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 253), as condições da ação seriam o “ponto de contato entre ação e a situação de direito material”. Assim sendo, para Liebman (2005, p. 203) “toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa”.

Para além das discussões teóricas sobre o direito de ação e antes de adentrar no tema das condições da ação, é necessário ressaltar, precipuamente, que o direito de ação é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, no art. 5º, XXXV da Constituição da República¹⁵, sendo “direito constitucional fundamental de carga processual que tem como núcleo crucial a concretização dos outros direitos fundamentais, requerendo o direito de participação e a efetividade do exercício da tutela jurisdicional” (GÓES, 2007, p. 198).

Necessário ressaltar, ainda, que o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶ consagra diversas facetas do devido processo legal para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre elas, o direito de ser ouvido. Sobre os indispensáveis diálogos entre processo civil e direitos humanos, especialmente quanto ao direito de ser ouvido, necessárias as palavras de Vitor Fonsêca (2018, p. 39):

Por sua vez, em 2011, pela primeira vez a CorteIDH estabeleceu a distinção do direito a ser ouvido entre o âmbito formal (processual) e o âmbito federal. O âmbito formal (processual) implica assegurar o acesso ao juízo competente para determinar direitos e obrigações em obediência às devidas garantias processuais, tais como a apresentação de alegações e a produção de provas. Por outro lado, o âmbito material indica o dever do Estado de

¹³ Este tema será revisitado na próxima subseção.

¹⁴ A princípio porque, com o amadurecimento de sua teoria, Liebman retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação (precisamente, na 3ª edição de sua obra).

¹⁵ Redação do art. 5º, XXXV da CR: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁶ Redação do art. 8º.1 da CADH: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.”

garantir que a decisão produzida por meio do procedimento satisfaça o fim para o qual foi concebida. Isso não quer dizer que a decisão deva ser sempre pela procedência do pedido, mas deve-se garantir sua capacidade para produzir o resultado para o qual foi concebida.

Fechando os parênteses necessariamente abertos e voltando às condições da ação, segundo a perspectiva liebmaniana, o concurso das condições da ação seria indispensável para que o juiz avaliasse o mérito da causa, sendo elas, portanto, condições de *admissibilidade* da ação¹⁷ (BUZAID, 1977, p. 140).

Ao trabalhar intersecções entre as condições da ação nos âmbitos penal e cível, Bruna Braga da Silveira estabeleceu dois pontos de contato entre processos civil e penal. O primeiro seria a efetividade e economia processual, ao passo que o segundo seria a proteção da parte requerida, concedendo tutela diferenciada para protegê-la de possíveis abusos do direito de ação (SILVEIRA, 2018, p. 5-7).

Nelson Nery Jr. (1991, p. 1-2), elucidando as condições da ação, afirmou que antes de julgar a causa, o magistrado precisa passar pela análise de questões preliminares, sendo elas as condições da ação e os pressupostos processuais, que dizem respeito, respectivamente, ao exercício do direito de ação em si e à regularidade da relação jurídica processual. O autor aduziu, ainda, que a ausência de condições da ação deve ser apontada em preliminar de contestação, mas, caso não o seja, deverá ser reconhecida de ofício pelo magistrado, por ser matéria de ordem pública.

Gisele Santos Fernandes Góes (2007, p. 196), em tese de doutoramento, debruçou-se sobre a sistematização das questões de ordem pública processual e substancial, expondo que, para Liebman, “as condições da ação atuam como filtro para o exercício da jurisdição”. Ligando os pontos entre as condições da ação e o exercício do direito de ação, essenciais as palavras da autora:

Nossas primeiras conclusões são: a) o direito de ação é autônomo, abstrato, mas condicionado (ordem pública absoluta); b) o exercício do direito de ação requer o elemento de vontade, não livre, mas seu sustentáculo é sobre a teoria das condições da ação (ordem pública relativa); c) o direito de ação é constitucional e deve ser visto como exercício de tutela jurisdicional efetiva que não se esgota com a sentença de procedência, haja vista os meios executivos necessários para a satisfação plena do direito do autor; e d) o direito de ação, nesse estudo, é tomado em sentido amplo, englobando ação, reconvenção, ação declaratória incidental, incidente de falsidade intervenções de terceiros, embargos de terceiro, embargos do devedor, além de outros incidentes processuais (GÓES, 2007, p. 198).

¹⁷ É válido mencionar, ainda, o posicionamento de Dinamarco (2002, p. 318), para quem: “Se alguma delas não existia no início mas ainda assim o processo não veio a ser extinto, o juiz a terá por satisfeita e julgará a demanda pelo mérito sempre que a condição antes faltante houver sobrevindo no curso do processo. Inversamente, se a condição existia de início e já não existe agora, o autor carece de ação e o mérito não será julgado”.

Em seguida, será feita brevemente a abordagem das condições da ação que constituem a base da teoria liebmaniana, para, enfim, chegar à legitimidade.

Primeiramente, a possibilidade jurídica do pedido foi aventada como sendo uma das condições da ação, baseada nos ensinamentos pretéritos de Liebman – isto porque o próprio autor mudou de ideia e retirou a possibilidade jurídica do pedido da classificação de condição da ação. A possibilidade jurídica do pedido seria, então, a inexistência de proibição expressa do sistema jurídico ao pedido formulado pelo autor, sendo tal proibição referente a uma matéria meritória (ARMELIN, 1979, p. 48). Nelson Nery Jr. (1991, p. 5) entende, inclusive, que a possibilidade jurídica do pedido estaria contida no interesse processual.

Susana Henriques da Costa pontuou que a possibilidade jurídica do pedido era conceituada como “a admissibilidade da pretensão pleiteada ao juiz”, ou seja, a existência de norma que regulasse o direito do autor. No entanto, “como a regra do direito privado é a de que tudo o que não está proibido está permitido, a doutrina processual passou a entender que somente haveria possibilidade jurídica do pedido se o ordenamento jurídico proibisse” a pretensão do autor (COSTA, 2005, p. 54).

Ocorre que a possibilidade jurídica do pedido enfrenta algumas polêmicas, inclusive sendo apontada por Calmon de Passos (1960, p. 34) como um conceito mal elaborado pela doutrina, em torno do qual há certa confusão. Sem mais delongas, não serão aprofundadas as controvérsias acerca dessa categoria, primeiramente porque parte da doutrina entende que sequer seria uma condição da ação – inclusive o próprio Liebman – e, em segundo lugar, porque o objeto de estudo deste trabalho é a legitimidade.

Por sua vez, o interesse de agir é considerado uma condição da ação pelos adeptos dessa concepção, sendo uma condicionante do exercício do direito de ação e não se confundindo com o mérito (ARMELIN, 1979, p. 58). Nelson Nery (1991, p. 4) destacou, ainda, que o termo correto a ser utilizado seria “interesse processual”, diferentemente do termo “interesse de agir”, adotado pelo CPC/73, por reconhecer nessa terminologia lacuna técnica.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 259) sustentaram que, à luz do interesse de agir, é necessário que a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada para cada caso concreto. O interesse de agir seria, então, núcleo fundamental do direito de ação, ressaltando-se a concepção de Dinamarco (2002, p. 303): “só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade

e essa aptidão”. O mesmo autor ressaltou que o interesse de agir tem como objeto a tutela jurisdicional, e não o bem da vida ao qual se refere.

Acerca da utilidade e adequação do interesse de agir, Donaldo Armelin (1979, p. 59) argumentou que não é o suficiente que exista utilidade para o titular do interesse na atuação do Judiciário, mas, também, que a utilidade advinha de uma expectativa de atuação adequada do Poder Judiciário. Sobre a concepção do interesse à luz da percepção do “interesse-utilidade” e “interesse-adequação”, Antonio do Passo Cabral¹⁸ (2015, p. 3) lecionou:

Oggi prevale, in Brasile ed anche in Italia, la nozione, di influenza tedesca, dell’interesse ad agire come un filtro di efficienza attraverso il quale si vuole evitare il dispendio di attività giurisdizionale inutile. Si tratta di una prospettiva utilitaria dell’interesse ad agire, basata sui binomi “interesse-utilità” e “interesse-adequazione” e che risiede nel rapporto tra il provvedimento richiesto e la situazione di fatto allegata.¹⁹

Humberto Theodoro Jr. (1980, p. 7) argumentou que o interesse processual é localizado não apenas na utilidade, mas principalmente na necessidade “do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade”.

Ainda sobre o interesse de agir, Donaldo Armelin (1979, p. 63) aduziu que não é simples separar a análise do interesse de agir da apreciação do mérito, uma vez que, com muita facilidade, as duas noções podem ser confundidas uma com a outra, haja vista a posição intermediária do interesse de agir entre o direito de ação e o mérito, de tal forma que é difícil vislumbrar o interesse de agir como categoria processual autônoma. Assim, buscando contornar as dificuldades inerentes ao interesse de agir, conceituou-o “como resultante da idoneidade objetiva do pedido, para o autor, de provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição”²⁰ (ARMELIN, 1979, p. 64).

Finalmente, chegando à legitimidade como condição da ação, considerada como a legitimidade para a causa²¹, ligada diretamente à ideia de utilidade do provimento

¹⁸ O autor passa por esse caminho, na realidade, para tecer críticas à noção tradicional do interesse de agir tradicionalmente concebido, as quais serão abordadas oportunamente. É válido mencionar, desde logo, que o texto dialoga com outras ideias do mesmo autor, também importantes para este trabalho, referentes à despolarização do processo e “zonas de interesse” (CABRAL, 2009).

¹⁹ Tradução livre feita pela autora: “Hoje, no Brasil e na Itália, prevalece a noção de influência alemã do interesse de agir como um filtro de eficiência através do qual se busca evitar o dispendio de atividade jurisdicional inútil. Trata-se de uma perspectiva utilitarista do interesse de agir, baseada nos binômios “interesse-utilidade” e “interesse-adequação” e que reside na relação entre a medida solicitada e a situação de fato a ela relacionada”.

²⁰ Desbordando os debates sobre a (in)existência de condições da ação ou se o interesse de agir seria ou não uma condição da ação, ressalta-se desde já que a conceituação proposta por Donaldo Armelin sobre o instituto será importante posteriormente para esse trabalho.

²¹ Legitimidade *ad causam*.

jurisdicional, de acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 260).

É necessário atentar à diferenciação entre legitimação para a causa e legitimação processual, sendo a primeira referente à relação entre a lide e as partes, enquanto a segunda se refere ao agir processual. Diante de tal distinção, Thereza Arruda Alvim (1996, p. 81) lecionou que a legitimação processual seria pressuposto processual, ao passo que a legitimação para a causa seria condição da ação. Sobre tal diferenciação, Susana Henriques da Costa (2005, p. 65) explicou:

A legitimidade *ad causam* não se confunde com a legitimidade *ad processum*. A primeira se relaciona com a titularidade ativa e passiva da relação processual. A segunda, por sua vez, corresponde à capacidade da pessoa agir em juízo. Aquele que não possui legitimidade *ad causam* é carecedor da ação; aquele que não possui legitimidade *ad processum*, somente poderá participar da relação jurídica processual se regularmente representado, assistido ou autorizado por quem a lei material determina, sob pena de nulidade do processo, por ausência de pressuposto processual.

Donaldo Armelin (1979, p. 85) conceitua a legitimidade “como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação”, ressaltando a necessidade da presença *das demais* condições da ação e dos pressupostos processuais²².

A legitimidade para a causa seria, em suma, a titularidade ativa da ação, devendo ser vinculada ao direito de ação, e não ao direito material discutido. Humberto Theodoro Jr. (1980, p. 8) ressalta que para chegar à legitimidade para a causa não há critério único, sendo necessário observar o caso concreto para identificá-la.

O que se pode extrair desta seção, em breves linhas, é que a teoria do direito abstrato de ação supõe a sujeição da ação à existência de três condições da ação, sendo elas: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa. Com o passar do tempo, a possibilidade jurídica do pedido foi excluída do rol de condições da ação *liebmaniana*, restando apenas as duas últimas. No entanto, a referida doutrina não é isenta de críticas, havendo inclusive defensores da inexistência das chamadas “condições da ação”, tópico para o qual será dedicada a próxima seção.

²² Cassio Scarpinella Bueno segue a mesma linha de pensamento (2003, p. 35): “(...) decorre que é importante distinguir legitimidade processual de legitimidade para a causa. Esta é condição da ação (requisito para o exame do mérito da pretensão levada para solução ao Estado-juiz); aquela, a legitimidade para o processo, é pressuposto processual, que, segundo a doutrina corrente, é logicamente anterior ao exame da concorrência das condições da ação.”

2.1.2 O pensamento contemporâneo sobre a (in)existência das “condições da ação” e seus reflexos na legitimidade

“Será o fim da categoria ‘condições da ação’?” é o título do debate travado entre Fredie Didier Jr. (2011), Alexandre Freitas Câmara (2011) e Leonardo Carneiro da Cunha (2011) na Revista de Processo, ao debater sobre as possíveis mudanças do então Projeto de Lei 8.046/2010, atual Código de Processo Civil.

No entanto, a discussão não é recente, tampouco aflorou em decorrência das possíveis modificações do Projeto de novo²³ Código (que, no presente momento, já não é mais novo). A teoria da ação condicionada, na realidade, enfrenta diversas críticas, em razão da insustentabilidade de um direito de ação autônomo, mas subordinado a determinadas condições.

Fredie Didier Jr. (2000, p. 66) fez a última prece, para anunciar o sepultamento²⁴ da categoria liebmaniana das condições da ação, atribuindo ao tema o título de um “dos mais áridos e mal explicados em toda a seara processual”, especialmente porque, à época, o CPC/73 invariavelmente adotou a categoria.

O argumento se inicia na concepção sobre o direito de ação adotada no Brasil – concreto e abstrato –, e o fato de que as “condições da ação”, oriundas da teoria eclética de Liebman, condicionam tal direito. Mais que isso, Fredie Didier Jr. (2000, p. 70) ressalta que “o mais grave, contudo, na concepção eclética da ação, é a sua roupagem de modernidade; autoproclama-se abstrata, mantendo, entretanto, íntima relação com o concretismo”²⁵.

O entendimento acima – de banimento da categoria das condições da ação – já era defendido por José Joaquim Calmon de Passos²⁶ (2016, p. 21), que teceu contundentes críticas à perspectiva liebmaniana, afirmando que “nenhum dos requisitos postos como condição da

²³ A referência ao “Projeto de *novo* Código” ocorre nesse momento tão somente em razão de contextualização do debate.

²⁴ O autor afirmou, veementemente (DIDIER JR., 2000, p. 66): “Acreditamos que as condições da ação devem ser extraditadas, em definitivo, do nosso ordenamento (assim como Catilina, de Roma), por se constituírem um equívoco do legislador que nos tem levado a outros equívocos, em razão de perplexidades até agora não solucionadas, as quais teimamos, por devoção ao santo, em mal-resolver com a aplicação cega e irrestrita de uma teoria que se mostra falha em sua essência”.

²⁵ Válidas as palavras de Fredie Didier Jr. (2000, p. 73) sobre esse ponto: “partindo dessas premissas, não nos parece razoável entender como pode estar condicionado o exercício do autônomo e abstrato direito de ação a elementos que hão de ser verificados no direito material: seja o seu respaldo no ordenamento jurídico, seja a sua titularidade. Entre questões de mérito e questões de rito não há uma terceira espécie, porque todas as questões ou são regidas pela lei processual ou pela lei material.”

²⁶ O texto citado foi republicado em obra organizada em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos, em 2016, sendo o original datado de 1961 (*Revista de Direito Processual Civil*, v.2, n. 4, jul/dez). Além disso, o autor já defendia o entendimento na obra *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro* (1960).

ação resiste a mais profundo e detido exame”, sendo insustentável o meio termo entre mérito e admissibilidade, representado pelo instituto analisado. O autor afirmou que “se a ação é um direito abstrato, ela não pode ter condições ‘disciplinadas pelo direito material’. Esta incompatibilidade é irremovível” (CALMON DE PASSOS, 2016, p. 28). Válidas as palavras de Calmon de Passos, em *A ação no direito processual civil brasileiro* (1960, p. 38):

Concluindo, vê-se que o interesse, ou a necessidade de tutela jurídica não é condição de uma sentença de mérito, nem de uma sentença favorável, mas de qualquer espécie de provimento, mesmo daqueles de conteúdo puramente processual. Fazê-lo, pois, condição da ação é arbitrário e injustificado. Mais que condição da ação, o interesse, ou a necessidade da tutela jurídica, é um pressuposto de todo e qualquer ato processual.

A teoria eclética sofreu críticas diversas, inclusive porque, ao tentar fincar sua bandeira no meio do caminho entre a teoria concreta e a abstrata, tentou conciliar o inconciliável, além de acarretar a prolação de sentenças de mérito com carência de ação (SILVA, GOMES, 2000, p. 117-118). Em outra oportunidade, Fredie Didier Jr. (2005, p. 209) construiu uma sinopse da crítica à teoria eclética:

A crítica que se faz é a de que as três “condições da ação”, porque relacionadas à demanda, quase sempre se confundem com o mérito da causa – e, no caso da possibilidade jurídica do pedido e da legitimação ordinária, sempre se confundem –, não havendo razão para distingui-las das demais questões de mérito. Quando não se referem ao mérito da causa, não há razão para diferenciá-las dos “pressupostos processuais”. O instituto, realmente, não se justifica.

A ideia, então, seria que as chamadas “condições da ação” fossem reconduzidas ou ao mérito, ou à admissibilidade. Nota-se, pela citação acima, que o autor entende que a legitimação ordinária sempre seria interligada ao mérito. Quando nada disse acerca da legitimação extraordinária, abriu margem à pressuposição de que a legitimação extraordinária seria referente à admissibilidade do processo.

Ao atualizar o calendário para os tempos hodiernos, no entanto, as conclusões sobre o condicionamento da ação à presença dos requisitos trabalhados podem ser diferentes. Em primeiro lugar, porque o CPC/15 não consagrou legislativamente a categoria – diferentemente do CPC/73 –, havendo modificação legislativa que enuncia não apenas o requiém das condições da ação, como seu sepultamento²⁷.

O Código vigente não faz referência à expressão “condições da ação”, utilizando apenas os termos “interesse processual” e “legitimidade”, sendo estes, para Fredie Didier Jr.

²⁷ A ideia que Fredie Didier Jr. sustentou no artigo publicado em 2000 – e manteve em sua tese de doutorado (2005) – ganhou força após a vigência do atual CPC, o que foi ressaltado pelo autor em texto publicado na Revista de Processo nº 197 (2011), destacado no início desta subseção.

(2011, p. 259), pressupostos processuais de validade²⁸. Ainda sob a vigência do CPC/73, Thereza Alvim (1996, p. 84) expôs que a legitimação extraordinária estaria no rol de pressupostos processuais, divergindo da majoritária doutrina que defendia seu espaço entre as condições da ação, sendo caso, então, “de legitimação processual extraordinária e não de legitimação *ad causam* extraordinária”.

Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 5-6), que concorda com as objeções à teoria das “condições da ação”, introduz a legitimidade processual como uma situação jurídica, decorrente de um fato jurídico, significando “a aptidão subjetiva para prática eficaz de um ato do processo”, argumentando que a legitimidade de agir seria, portanto, requisito de eficácia do ato processual.

Quais seriam, então, os impactos da certidão de óbito da categoria das “condições da ação” sobre a legitimidade?

Fredie Didier. Jr (2011, p. 260) afirmou o que foi antecipado acima: a legitimidade ordinária passou a ser questão de mérito, enquanto a legitimidade extraordinária será entendida como pressuposto processual de validade, sendo extinta sem resolução de mérito a ação em que inexistir legitimidade extraordinária²⁹. Em sentido semelhante, Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 235) entendeu que a falta de interesse de agir e a legitimidade extraordinária seriam pressupostos processuais. Concorda-se em grande medida com os autores, mas não apenas pelos motivos dispostos na zona de foco, sendo necessário lançar o olhar, também, à penumbra, o que se fará no próximo tópico.

²⁸ No debate mencionado inicialmente, Alexandre Freitas Câmara (2011, p. 265) divergiu do posicionamento de Fredie Didier Jr., argumentando que a distinção entre as duas categorias – condições da ação e pressupostos processuais – ainda é plausível, mesmo que o Código não utilize a expressão “condições da ação”. Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 230-231), por sua vez, participou do debate defendendo a ideia de que a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade da parte seriam questões de mérito, sendo aptas a produzir coisa julgada material. O terceiro debatedor argumentou, ainda, que o desuso das expressões “condições da ação” e “carência de ação” induz à conclusão de que a categoria não existe mais de forma autônoma, de modo que o interesse passou a integrar o juízo de admissibilidade do processo, ao passo que a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade da parte seriam questões meritórias (CUNHA, 2011, p. 233). Entre avenças e desavenças, propõe-se a síntese: Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que não existe mais a categoria “condições da ação”, eis que o Código coroou a concepção já defendida por parte da doutrina, ao passo que Alexandre Freitas Câmara defende que, embora o Código não faça menção expressa às “condições da ação”, isto não quer dizer que elas não existem mais. Nas entrelinhas dessa sinopse, há nuances importantes que merecem ser observadas. Todavia, este não é o momento adequado, para que o leitor não perca o fio da meada.

²⁹ É válido registrar que este ponto será trabalhado futuramente, na seção específica da legitimidade extraordinária negocial na tutela coletiva, discordando-se desde logo do autor citado. Entende-se que, quando não houver legitimidade extraordinária, deverá ocorrer a sucessão processual, e não a extinção sem resolução de mérito.

2.1.3 O ponto de partida deste trabalho

Conforme destacado outrora, Thereza Alvim (1996, p. 84) já defendia que a legitimação processual extraordinária faria parte dos pressupostos processuais, e não das condições da ação, o que também foi enunciado por Fredie Didier Jr (2005, p. 215), ao afirmar que a legitimação extraordinária não se confunde com o mérito da causa.

Portanto, no ensejo dos posicionamentos mencionados anteriormente, seguindo essa linha de raciocínio, a legitimação extraordinária, como pressuposto processual, acarretaria sentença sem resolução de mérito³⁰. Esta razão seria o bastante para entender a legitimação extraordinária como pressuposto processual, mas é necessário tecer breves considerações.

À primeira vista, de acordo com o art. 6º do CPC/73, a legitimação extraordinária somente poderia ocorrer nos casos previstos em lei. Logo, sendo proposta a ação em que o autor fosse legitimado extraordinário, cuja legitimação estivesse em descompasso com a legislação, seria caso de extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual.

Parece simples, mas – anunciando o porvir – o CPC vigente alterou a redação do art. 18, que trata sobre a legitimação extraordinária, modificando o termo “lei” por “ordenamento jurídico. Dessa forma, o que poderia parecer uma sentença sem resolução de mérito desde o recebimento do processo, merecerá uma análise mais apurada, eis que a legitimação pode ser oriunda de diversas fontes presentes no ordenamento jurídico – inclusive negócios jurídicos processuais.

Portanto, para que o processo seja sentenciado sem resolução do mérito em razão de ausência do pressuposto processual da legitimidade extraordinária, será necessário que, anteriormente, o juízo realize a devida apuração de tal legitimidade. No caso da legitimação extraordinária ativa negocial na tutela coletiva, tal análise merecerá ainda mais atenção, mas o que se pretende neste momento é apenas pontuar essa questão, sem antecipar matéria que será objeto de análise mais detida em momento posterior.

O outro ponto que merece atenção é o fato de que a legitimidade extraordinária ser um pressuposto processual, ensejando sentença sem resolução de mérito em caso de sua inexistência, corrobora com a premissa da tutela coletiva de que a sentença não fará coisa

³⁰ Redação do art. 485, VI, CPC: “O juiz não resolverá o mérito quanto: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.”

julgada em desfavor da coletividade³¹. Ou seja, sendo pressuposto processual, não haverá análise do mérito e, portanto, a coletividade não será prejudicada em caso de extinção do processo com fundamento no art. 485, VI do CPC.

O ponto de partida desse trabalho é a legitimidade, analisada a partir da teoria geral do processo. Ao mencionar a teoria geral do processo, sem prescindir a importância da contribuição de Enrico Tullio Liebman à ciência processual brasileira, não há como não admitir as incoerências apontadas quanto às condições da ação, que representam o oxímoro do condicionamento de uma ação que, constitucionalmente, é incondicionada.

A partir da perspectiva crítica traçada e da redação do CPC vigente, tem-se suporte para enxergar a absorção das condições da ação pelos pressupostos processuais e, por conseguinte, a legitimidade extraordinária como um pressuposto processual, merecendo este ponto os grifos feitos nos parágrafos anteriores.

2.2 A legitimidade na tutela coletiva

2.2.1 Noções gerais sobre a legitimidade: ordinária ou extraordinária

A legitimidade, conforme escrito nas linhas anteriores, representa o ponto de partida desse plano de voo e, sendo um dos pontos nevrálgicos da ciência processual, estudar sobre ela é um verdadeiro desafio. É desafiadora porque, conforme Rubem Alves lucidamente definiu, “todo conhecimento científico começa com um desafio: um enigma a ser decifrado! E aí os olhos e a inteligência do cientista se põem a trabalhar, para decifrar o enigma.” A legitimação processual é o brinquedo³² que foi criado e revisitado por diversos

³¹ Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Tema 1.075, julgou inconstitucional o art. 16 da LACP, fixando a seguinte tese: “O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.075 da repercussão geral, negou provimento aos recursos extraordinários e fixou a seguinte tese: ‘I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas’, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator com ressalvas. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 26.3.2021 a 7.4.2021.’”

³² A obra de Rubem Alves citada é *A Educação dos Sentidos: conversas sobre a aprendizagem e a vida*, na qual, com as formas leve e autêntica que lhe são características, o educador fala (também) sobre formas de aprendizagem, valendo a continuação da transcrição, para arejar a memória do porquê se faz ciência: “Há brinquedos que são desafios ao corpo, à sua força, habilidade, paciência... E há brinquedos que são desafios à inteligência. A inteligência gosta de brincar. Brincando, ela salta e fica mais inteligente ainda. Brinquedo é tônico para a inteligência. Mas se ela tem de fazer coisas que não são desafio, ela fica preguiçosa e emburrecida. Todo conhecimento científico começa com um desafio: um enigma a ser decifrado! A natureza desafia: ‘veja se

processualistas, dos clássicos aos contemporâneos. Enquanto ciência, é o grande desafio deste trabalho. Se Rubem Alves disse que a inteligência gosta de brincar, com seriedade, o desafio será levado adiante.

Thereza Alvim inicia a abordagem da legitimação processual expondo a necessidade de capacidade de ser parte, atribuindo a esta a condição de pressuposto processual de validade da relação jurídica processual. A capacidade, segundo a autora, deve estar acompanhada da legitimidade processual, “pode-se dizer que a capacidade para estar em juízo é genérica, enquanto a legitimação processual é específica para aquele determinado processo” (ALVIM, 1996, p. 79).

Deve-se atentar, no entanto, à diferenciação entre a legitimidade processual e a legitimidade para agir – legitimidade *ad causam* –, as quais constituem noções dessemelhantes. Pedro Henrique Nogueira (2014, p. 73) assinalou que “enquanto a legitimidade *ad causam* diz respeito à titularidade da *ação de direito material*, situada no mérito, a legitimidade de agir se localiza no plano do direito processual”, ideia que corresponde com o posicionamento exposto na seção anterior, na qual foi pontuado o entendimento adotado de que a legitimidade extraordinária é um pressuposto processual, referente à admissibilidade do processo.

Também no sentido de diferenciar as duas concepções, Thereza Alvim³³ (1996, p. 81) expõe que a legitimação processual é pressuposto processual, ao passo que a legitimação para agir seria condição da ação. Conforme sustentado anteriormente, contudo, adere-se ao posicionamento que argumenta no sentido da inexistência da categoria “condições da ação”, sendo a legitimidade *ad causam*, portanto, referente ao mérito³⁴. José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 59) define legitimação da seguinte forma:

Denomina-se *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constituiu entre partes legítimas quando as situações jurídicas

você me decifra!’. E aí os olhos e a inteligência do cientista se põem a trabalhar, para decifrar o enigma. Assim aconteceu com Kepler, cuja inteligência brincava com o movimento dos planetas. Assim aconteceu com Galileu, que, ao observar a natureza, tinha a suspeita de que ela falava uma linguagem que ele não entendia. Pôs-se então a observar e a pensar (ciência se faz com estas duas coisas, olho e cérebro!), até que conseguiu decifrar o enigma: a natureza fala a linguagem da matemática! E até hoje os cientistas continuam a brincar o mesmo brinquedo descoberto por Galileu” (ALVES, 2018, p. 69).

³³ Transcreve-se trecho das palavras da autora (ALVIM, 1996, p. 81): “Isso se assevera por razão fundamental. A legitimação processual, a despeito de ser aferida em relação à lide, ao mérito, diz respeito exclusivamente ao agir, ao atuar no processo como parte, autora ou ré. Por sua vez, a legitimação para a causa nada mais é do que o relacionamento com a lide, desta dizer respeito àquelas partes, que, por isso, podem, uma acionar e a outra ser ré (A legitimação *ad causam* é tanto ativa quanto passiva – conforme o art. 3º, do Código de Processo Civil)”.

³⁴ Seguindo esse entendimento, Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 3).

das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará –, coincidem com as respectivas situações legitimantes. Outra maneira de expressar o mesmo fato consistiria em dizer que no processo o contraditório se instaurou regularmente.

A distinção fundamental, a partir de agora, é a existente entre a legitimidade ordinária e a legitimidade extraordinária. Conforme amplamente sustentado pela doutrina, mas pontualmente sintetizado por Donaldo Armelin (1979, p. 117): “na legitimidade processual ordinária coincidem a figura das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial”.

A legitimidade processual ordinária é, então, como o ortônimo de Fernando Pessoa. O Poeta português, em nome próprio, finge que é dor a dor que deveras sente³⁵. Se a legitimação ordinária compete ao ortônimo, os heterônimos seriam os legitimados extraordinários das palavras de Pessoa. Isto quer dizer que Alberto Caeiro, Ricardo Reis e Álvaro de Campos atuam em nome próprio, na defesa de direito alheio: o de Pessoa, de colocar os versos no mundo³⁶.

Aterrissando da poesia à sistematização da legitimação extraordinária, explica-se a metáfora literária. José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 59) expôs que, em atenção a motivos especiais de conveniência, “a lei³⁷ confere eficácia legitimante a situação subjetiva

³⁵ Abre-se espaço para a transcrição de uma das mais famosas poesias de Fernando Pessoa, atuando como legitimado ordinário de seus próprios interesses:

“AUTOPSILOGRAFIA
O poeta é um fingidor.
Finge tão completamente
Que chega a fingir que é dor
A dor que deveras sente.

E os que lêem o que escreve,
Na dor lida sentem bem,
Não as duas que êle teve,
Mas só as que êles não têm.

E assim nas calhas de roda
Gira, a entreter a razão,
Êsse comboio de corda
Que se chama o coração.”

³⁶ Os heterônimos de Pessoa foram criados por ele mesmo, mas cada heterônimo tem sua própria história, obra, estilo e aflições, que são diferentes das do criador – o ortônimo, que é Fernando Pessoa. Foi o poeta quem criou essa designação e é o “único caso de heteronímia na literatura universal” (TUTIKIAN, 2019, p. 12). Os amantes da genialidade do poeta bem sabem que Alberto Caeiro não teve profissão e educação formal, Ricardo Reis era médico e Álvaro de Campos era engenheiro. Embora cada uma das *peessoas* tenha personalidade e história particulares, todas, à sua maneira, veiculam as inquietações alheias (como se próprias fossem), por meio de versos escritos ao seu estilo. Alberto Caeiro, Ricardo Reis e Álvaro de Campos seriam, então, legitimados extraordinários das pretensões de Fernando Pessoa.

³⁷ Observar mudança redacional entre o art. 6º do CPC/73 e o art. 18 do CPC/15, havendo a substituição do termo “lei” por “ordenamento jurídico”.

diversa da que se submete à apreciação”, caso em que em nome próprio, o legitimado extraordinário defenderá direito alheio, conforme preceitua o art. 18 do CPC.

Entende-se que a legitimidade extraordinária ocorre quando há descoincidência entre a parte da relação jurídica processual e da substancial, uma vez que a descoincidência não ocorre entre o sujeito da relação jurídica processual e o titular do direito de ação, mas sim entre quem pratica os atos processuais e o legitimado *ad causam* (ALVIM, 1996, p. 94) – daí a importância da diferenciação entre legitimação processual e legitimação para a causa.

O Processualista carioca sistematiza a legitimação extraordinária, inicialmente, dividindo-a entre legitimação extraordinária autônoma e legitimação extraordinária subordinada. A autônoma seria aquela em que ao titular é conferida a possibilidade de agir de forma independente em relação ao titular do direito, “em posição análoga à que a esta caberia se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante” (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 60).

Por sua vez, a subordinada seria aquela cuja eficácia seria restrita quando comparada à anterior, pois o titular não estaria autorizado a demandar quanto à situação legitimante, podendo atuar tão somente em conjunto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado, limitando-se apenas a intervir³⁸ (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 60).

Em contraste com o entendimento sistemático proposto por Barbosa Moreira, Donald Armelin argumenta que a sistematização não pode ensejar a homogeneização de classes mais específicas de legitimidade extraordinária, pois a casuística predominará, em razão de diversas motivações contextuais. Vale ressaltar que, embora a afirmação tenha sido feita em tom de crítica, Donald ressaltou que não tinha o objetivo de “retirar a validade daquela orientação metodológica”, mas apenas ressaltar a sua inviabilidade diante da pluralidade de situações que podem se revelar na prática³⁹ (ARMELIN, 1979, p. 121). A sistematização é importante, sem olvidar a realidade fática inerente a cada contexto.

Seguindo essa perspectiva, Donald Armelin (1979, p. 122) propõe classificação, cuja finalidade não é exaustiva:

³⁸ Contextualizando à legislação vigente, entende-se que o legitimado extraordinário subordinado pode ser visualizado na figura do assistente simples, cuja previsão está do art. 119 ao art. 123 do CPC. Em outra ocasião, estabeleceu-se “pontos de encontro e desencontro entre a legitimidade extraordinária negocial e as assistências simples e litisconsorcial”, em: VIEIRA, Debora da Silva; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Pontos de encontro e desencontro entre a legitimação extraordinária negocial e a assistência. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 14, Vol. 21, Número 1, Jan-Abr/2020. P. 59-88.

³⁹ Em continuidade à crítica (ARMELIN, 1979, p. 121): “Tais dificuldades, porém, não inibem a tentativa de estabelecer categorias genéricas e bastante amplas, capazes de albergar situações de legitimidade extraordinária matizadas por uma motivação comum. A amplitude de tais categorias chega, contudo, a esgarçar o seu valor científico”.

Sem embargo desta última constatação, pode-se focar a vertente problemática sob quatro ângulos básicos:

- a) Casos de legitimidade extraordinária outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis;
- b) Casos de legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária;
- c) Casos em que, em decorrência de vinculação, em função do direito questionado, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinariamente como ao legitimado extraordinariamente;
- d) Casos em que se outorga a legitimidade extraordinária a um terceiro, em decorrência de uma situação jurídica por este ocupada que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios.

Para além das avenças e desavenças sobre a legitimação extraordinária entre os processualistas brasileiros, é válido mencionar que o referido instituto deita suas raízes sobre a substituição, que, como fenômeno jurídico, existia desde os romanos. Na primeira edição dos “*Principii*” de Chiovenda, em 1906, o processualista italiano adotou o termo “substituição processual” – “*sostituzione processuale*”, conforme perspectiva histórica delineada por Antonio Carlos de Araújo Cintra (2011, p. 1). Dessa maneira, Chiovenda (1922, p. 116) entende que a substituição processual é considerada um pressuposto processual autônomo⁴⁰.

Ao conceituar a substituição processual, Giuseppe Chiovenda (1936, p. 229) elucidou:

Le posizioni fondamentali e secondarie sopra esaminate sono normalmente assunte dalla stessa persona che si afferma titolare del rapporto dedotto in giudizio. Ma eccezionalmente esse sono assunte da persona che non si afferma e presenta come soggetto del rapporto sostanziale dedotto in lite. Come nel diritto sostanziale vi sono casi in cui alcuno è ammesso ad esercitare in nome proprio diritti altrui, così altri può stare in giudizio *in nome proprio* (e cioè *come parte*) *per un diritto altrui*. Nell'introdurre e

⁴⁰ Ao abordar a constituição da relação processual, Giuseppe Chiovenda (1922, p. 116) lecionou: “Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer a las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda perfecta y regularmente notificada, que es el acto constitutivo), algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales*. No sólo deben existir los tres sujetos, un órgano investido de jurisdicción ordinaria (según las normas reguladoras de la *jurisdicción* y de la *organización judicial*) y dos partes reconocidas por el derecho como *sujetos de derecho* (*capacidad para ser parte*); sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad (*competencia* de los órganos jurisdiccionales; *capacidad procesal* de las partes y en algunos casos el poder de pedir *em nombre proprio* la actuación de una voluntad de ley que garantiza un bien a *otros*, lo que se llama *sustitución procesal*)”. Tradução livre feita pela autora: “Para estabelecer a obrigação do juiz de providenciar os créditos, são necessárias algumas condições denominadas pressupostos processuais (para além da existência de um pedido perfeito e regularmente notificado, que é o direito constitutivo). Não deve haver apenas três sujeitos, um órgão investido de jurisdição ordinária (de acordo com os regulamentos que regem a jurisdição e a organização judiciária) e duas partes reconhecidas pela lei como sujeitos de direito (capacidade de ser parte); Em vez disso, eles devem ter certos requisitos de capacidade (competência dos órgãos jurisdiccionais; capacidade processual das partes e, em alguns casos, o poder de solicitar em nome próprio a atuação de uma vontade de lei que garanta um bem a outros, o que é chamado de substituição processual).”

analizzare questa categoria ho cercato renderne il carattere dandole il nome di *sostituzione processuale*⁴¹.

Portanto, retornando à sistematização da legitimação extraordinária proposta por Barbosa Moreira, a substituição processual é entendida como caso de legitimação extraordinária autônoma e concorrente (CINTRA, 2011, p. 3). Diante dessa afirmação, é importante mencionar as classificações de Barbosa Moreira (1971, p. 61), quando o autor explica que: I) a legitimação extraordinária autônoma e *exclusiva* é aquela em que, com exclusividade, o legitimado extraordinário ocupará a posição processual que ordinariamente pertence ao titular da relação litigiosa⁴²; II) por sua vez, a legitimação extraordinária autônoma e *concorrente* é aquela em que não se cancela a legitimidade ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, mas se concorre com ela, sendo possível a atuação de ambos.

Além disso, a doutrina entende que o substituto e o substituído não poderiam atuar em litisconsórcio, por dizerem respeito à mesma lide, ao passo que no caso do litisconsórcio seria necessária a existência de duas lides (CINTRA, 2011, p. 3). No entanto, Donaldo Armelin (1979, p. 128) limita essa incompatibilidade sustentando que ela seria restrita aos casos de legitimidade extraordinária exclusiva. Em contraste com os posicionamentos sobre a exclusividade da legitimação extraordinária, Thereza Alvim (1991, p. 29) se posiciona pela inadmissão de tal classificação, defendendo continuamente a legitimação extraordinária concorrente com a ordinária.

No quadrilátero classificatório proposto por Donaldo Armelin (1979, p. 122-123) e transcrito anteriormente, o primeiro vértice seria aquele em que o legitimado extraordinário recebe tal outorga em função da predominância do interesse público sobre o particular, como

⁴¹ Tradução livre feita pela autora: “As posições fundamentais e secundárias acima examinadas são normalmente ocupadas pela mesma pessoa que se afirma ser o titular da relação deduzida em juízo. Mas excepcionalmente são assumidos por quem não se afirma e se apresenta como sujeito da relação substancial deduzida no litígio. Assim como na lei substantiva, há casos em que é permitido que alguém exerça os direitos de outros em seu próprio nome, então outros podem entrar em juízo em seu nome próprio (ou seja, como parte) por um direito de terceiros. Ao introduzir e analisar esta categoria, tentei apresentar seu caráter dando-lhe o nome de substituição processual”.

⁴² Sobre a categoria da legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 61) expõe que: “Em outras palavras: não se considera regularmente instaurado o contraditório sem a presença do legitimado extraordinário, ainda que a posição a este conferida esteja sendo ocupada pela pessoa a quem tocava a legitimação ordinária”. Costumava-se amplamente utilizar o exemplo da atuação singular da esposa em relação aos bens dotais como exemplo da impossibilidade de atuação da mulher, sendo o marido o legitimado extraordinário autônomo exclusivo para tais ações. No entanto, não se pretende utilizar este exemplo neste trabalho, seja pela atualização legislativa (vez que o exemplo faz referência ao art. 289 do Código Civil de 1916), seja pelo descabimento de continuar amplificando descabida submissão de gênero nos tempos hodiernos.

ocorre nos casos em que o Ministério Público ajuíza ação requerendo a nulidade de casamento por infringência de impedimento⁴³.

Com maior importância para este trabalho, dentro da mesma categoria está a legitimação extraordinária do cidadão para a propositura da ação popular⁴⁴, prevista pela Lei nº 4.717/65. É importante mencionar que a legitimação processual do cidadão para o ajuizamento da ação popular merece olhar apurado de diferentes perspectivas, porque o cidadão agirá como legitimado processual ordinário em relação à sua pretensão, ao passo que será visto como legitimado processual extraordinário quanto à pretensão dos demais cidadãos. Isto é, como na ação popular não há a atuação em litisconsórcio de todos os cidadãos, concorrem as legitimações processuais ordinária e extraordinária⁴⁵ (ALVIM, 1991, p. 88).

No segundo vértice do quadrilátero, o autor enquadrou os casos oriundos de comunhão de direitos ou conexão de interesses, como no caso da ação reivindicatória ajuizada por apenas um dos condôminos, vez que qualquer condômino poderá reivindicar a totalidade da propriedade em nome próprio, sem a necessidade de anuência dos demais, conforme preceitua o art. 1.314 do Código Civil⁴⁶.

O terceiro ângulo da classificação de Donaldo Armelin (1979, p. 126) diz respeito aos casos em que “em razão de vinculação entre o ordinariamente legitimado e o extraordinariamente legitimado, este tem ingresso no processo. Geralmente, essa vinculação jurídica decorre de uma situação jurídica de sucessão⁴⁷ no direito questionado”,

⁴³ Conforme preceitua o art. 1.548, II do Código Civil, estando a legitimação extraordinária do Ministério Público prevista no art. 1.549 do mesmo diploma, conforme redação a seguir: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

⁴⁴ Ressalvadas as divergências de que a legitimação do cidadão para a ação popular não seria caso de legitimidade extraordinária, tema que será abordado oportunamente.

⁴⁵ Sobre esse ponto, Thereza Alvim (1991, p. 89): “E, pela razão de ocorrer a legitimação extraordinária, como exposto, qualquer cidadão poderá ingressar no processo como litisconsorte (facultativo unitário), se inicialmente. Em estando o processo pendente, como assistente litisconsorcial, já que tem conflito de interesses com a parte contrária àquela que assiste”.

⁴⁶ Redação do art. 1.314 do Código Civil: “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.”

⁴⁷ Diferenciando substituição e sucessão, Antonio Carlos de Araújo Cintra (2011, p. 2): “Distingue-se, ainda, a substituição processual da sucessão no processo. Em primeiro lugar, note-se, a substituição processual pode se verificar na própria formação do processo, não havendo, nestes casos, como se falar que o substituto tenha sucedido ao substituído no processo, porque o substituído nem sequer, chegou a participar da relação processual. Quando, entretanto, acontece que a substituição se faça no curso do processo, isto é, quando temos hipótese de substituição sucessiva, ocorre, realmente, sucessão no processo; mas uma sucessão era que, em vez de, como em geral acontece, o sucessor entrar no processo para atuar em nome próprio por um interesse que lhe é próprio, o sucessor assume a causa para, em nome próprio, pleitear por um interesse alheio. Desta forma, conclui-se que a substituição processual pode se dar com ou sem sucessão no processo; e, quando é com sucessão, apresenta características próprios”.

vislumbrando-se, nesse caso, a figura do fiador⁴⁸, sendo importante observar o benefício de ordem.

Finalmente, para completar os 360° da soma dos ângulos internos do quadrilátero, a última categoria prevista por Donaldo Armelin (1979, p. 128) outorga legitimidade a terceiros em relação ao titular do direito, por ocuparem determinada situação jurídica que lhes atribui deveres ou ônus de guarda e conservação de tais direitos. Esta concepção coaduna com a classificação da legitimidade extraordinária exclusiva proposta por Barbosa Moreira (1971, p. 61), anteriormente mencionada.

Antonio Carlos de Araújo Cintra (2011, p. 4) questiona a possibilidade de substituição processual voluntária, para além dos casos previstos em lei, mediante autorização dada pelo substituído ao substituto, afirmando que a hipótese é admitida no direito alemão. Autores contemporâneos têm defendido a legitimação extraordinária de origem negocial (DIDIER JR., 2014; BENEDUZI, 2014; BOMFIM, 2017), embora não haja homogeneidade de entendimento. Contudo, não se pretende antecipar o tema, que será abordado com o devido cuidado futuramente neste trabalho.

Ainda sobre legitimidade extraordinária e substituição, convém mencionar que existe o entendimento de que as expressões não são sinônimas, sendo a substituição uma acepção mais restrita, que seria apenas uma espécie do gênero legitimidade extraordinária. A substituição somente ocorreria nos casos de substituição do legitimado ordinário pelo extraordinário, havendo legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou legitimação autônoma concorrente, quando o legitimado age por conta da omissão do legitimado ordinário, não sendo admitida a coexistência de substituição processual e litisconsórcio (DIDIER JR., 2005, p. 250). Neste trabalho, adota-se as expressões como sinônimas, inclusive porque se entende que é possível a coexistência de substituição processual e litisconsórcio.

Para além de todos os exemplos apresentados, o que merece enfoque, a seguir, é a legitimação nas ações coletivas entendida como legitimidade extraordinária, conforme atribuição legislativa do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC. O ortônimo seria a coletividade, titular da lide, ao passo que os heterônimos seriam os legitimados ativos a propor as ações principal e cautelar, legitimados extraordinários processuais. Fernando Pessoa é substituído, autônoma e concorrentemente, por Alberto Caeiro, Álvaro de Campos e Ricardo Reis⁴⁹.

⁴⁸ Art. 818 e seguintes do Código Civil. Redação do art. 818 do Código: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

⁴⁹ Em respeito à metáfora literária, cita-se uma Ode do legitimado extraordinário ativo, Ricardo Reis:

2.2.2 Quem pode veicular a pretensão: a voz ouvida e a representatividade adequada

No Brasil, fez-se uma opção legislativa por quais vozes seriam ouvidas na tutela coletiva, restringindo a legitimidade ativa aos incisos do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC. Em 1988 – ou seja, cronologicamente entre a LACP e o CDC – Barbosa Moreira (1988, p. 117) sustentou que a legitimidade para agir era um ponto sensível na tutela coletiva, sendo, segundo Antonio Gidi (1995, p. 1), um problema anterior ao da coisa julgada. A legitimidade ativa na tutela coletiva é questionada desde a primeira infância e a fase embrionária das legislações que dela tratam, não deixando de fazer parte dos debates até os tempos hodiernos.

Aluisio Mendes (2012, p. 7) questiona se os dispositivos legais que conferem legitimidade coletiva estariam aptos a negar o direito de ação aos reais lesados ou ameaçados, apontando inclusive a impossibilidade lógica de fracionamento de determinados objetos, que ensejariam a inexecuibilidade de dissociação do que é individual ou coletivo, sendo a solução ao problema comum, mesmo que a iniciativa fosse individual⁵⁰. Antonio Gidi (1995, p. 1), cinco anos após a vigência do CDC, traçou uma perspectiva crítica sobre a atribuição da legitimidade ativa na tutela coletiva:

Isso significa que é preciso analisar politicamente a quem deve o direito atribuir legitimidade ativa para agir em juízo em defesa de tais direitos de forma que, sem cercear os direitos dos membros da comunidade lesada, torne a possibilidade de tutela efetiva (no sentido de que o representante do grupo tenha condições de se impor ante a pressão e a superioridade dos

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”
(14/02/1933)

⁵⁰ Indispensável a leitura da ponderação feita por Aluisio Mendes sobre este ponto (2012, p. 7): “Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei 7.347/1985 ou no art. 82 da Lei 8.078/1990, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal. A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual. A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançado o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.”

poderosos) e com o mínimo de risco para aqueles que não ingressaram no processo.

Fixadas essas premissas, entendendo a legitimidade extraordinária como substituição processual, faz-se a conexão com a legitimidade para a propositura de ações coletivas, com o posicionamento do problema, uma vez que, de acordo com os ensinamentos de Mauro Cappelletti (2017, p. 75):

Traditional legal doctrine, especially in the civil law world, has sharply distinguished substantive law and rights into “private” and “public”. “Private” rights are those “belong” to private individuals, whereas “public” rights are those which “belong” to the general public – the *populus* – represented by the state or *Res publica*. Consequently, the traditional doctrine of standing (*legitimatío ad causam*) attributes the right which is in need of judicial protection, or, in case of public rights, to the state it self, which sues in court through its organs (...).⁵¹

A escolha do porta-voz da coletividade a ser feita por cada ordenamento jurídico é um desafio, pelas razões inerentes aos litígios coletivos. Quanto à estrutura das partes, Owen Fiss (2017, p. 136) identificou três componentes analíticos distintos para o conceito de autor da ação, sendo eles: 1) vítima; 2) representante; 3) beneficiário⁵².

No entanto, é necessário esclarecer, primeiramente, o – suposto – atual regime de legitimidade ativa na tutela coletiva, a partir das disposições dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, os quais preveem, basicamente, a legitimação de órgãos públicos e associações. Por sua vez, a Constituição da República prevê a legitimação de sindicatos e partidos políticos com representação no Congresso Nacional (MENDES, 2012, p. 2) e comunidades indígenas.

O critério para atribuição de legitimidade na tutela coletiva é distinto do que ocorre nas ações individuais, vez que no primeiro caso não há referência à titularidade do direito material pleiteado, mas sim à possibilidade de que aquele autor coletivo se torne o adequado portador os interesses da comunidade (GIDI, 1995, p. 2), em razão da escolha legislativa de

⁵¹ Tradução livre feita pela autora: “A doutrina jurídica tradicional, especialmente no mundo do direito civil, distingue nitidamente o direito material e os direitos em ‘privado’ e ‘público’. Direitos ‘privados’ são aqueles que ‘pertencem’ a particulares, enquanto os direitos ‘públicos’ são aqueles que ‘pertencem’ ao público em geral - o *populus* - representado pelo estado ou *Res publica*. Consequentemente, a doutrina tradicional da legitimidade (*legitimatío ad causam*) atribui o direito que necessita de proteção judicial, ou, no caso de direitos públicos, ao próprio Estado, que aciona em juízo por meio de seus órgãos (...).”

⁵² Embora Owen Fiss (2017, p. 136-137) estivesse se referindo à reforma estrutural, entende-se que o fenômeno da autoria da ação é comum, em grande medida, aos processos estruturais e aos processos coletivos. Assim sendo, destaca-se trecho relevante para a compreensão do presente estudo: “Em cada caso é importante enfatizar dois aspectos dos grupos. Primeiro, eles existem independentemente da ação judicial, não sendo simplesmente construções legais. Totalmente desvinculados da ação judicial, os indivíduos podem definir-se a si próprios em termos de sua pertinência ao grupo e esse pode ter suas próprias políticas, lutas pelo poder e conflitos. Em segundo lugar, o grupo não é simplesmente uma agregação ou conjunto de indivíduos identificáveis.”

limitar a legitimidade ativa aos referidos órgãos públicos, associações, sindicatos e partidos políticos.

Antonio Gidi (1995, p. 34) observa que a questão da legitimidade coletiva perpassa, necessariamente, pelo problema da coisa julgada coletiva, isto porque os interessados devem ter seus interesses adequadamente representados, tendo em vista que serão afetados pelo comando da sentença coletiva, sem que tenham sido parte no processo ou, não raro, sequer ouvidos. Nesse sentido, argumentou (GIDI, 1995, p. 34):

Isto significa que é preciso analisar politicamente a quem deve o direito atribuir legitimidade ativa para agir em juízo em defesa de tais direitos, de forma que, sem cercear os direitos dos membros da comunidade lesada, torne a possibilidade de tutela efetiva (no sentido e que o representante do grupo tenha condições de se impor ante a pressão e a superioridade dos poderosos) e com o mínimo de risco para aqueles que não ingressaram no processo.

Em primeiro lugar⁵³, o Ministério Público⁵⁴, por autorização legal e constitucional, pode ajuizar ações coletivas, sendo para Sérgio Shimura (2006, p. 57-58) a principal instituição encarregada da propositura de ações coletivas, por conta de sua independência funcional e estrutural, bem como das prerrogativas a ele outorgadas pela Constituição da República. Assim sendo, segundo o pensamento do autor, “de simples fiscal da lei, o Ministério Público tem se revelado como a principal instituição encarregada de promover as ações coletivas”, embora também deva atuar como fiscal da lei nas ações coletivas em que não for o autor⁵⁵.

É possível – e sequer deveria ser discutível – o litisconsórcio entre Ministérios Públicos⁵⁶, conforme preceitua o art. 5º, §5º da LACP⁵⁷, com a atuação conjunta do Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual e Ministério Público do Trabalho. O litisconsórcio é admitido, mas desemboca em outra problemática: quem irá julgar a ação?⁵⁸

⁵³ Não em ordem hierárquica, mas apenas numérica, porque é necessário ordenar as coisas.

⁵⁴ Art. 5º, I, LACP e art. 82, I, CDC.

⁵⁵ Art. 92, CDC: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.”

⁵⁶ Refutando posicionamento mencionado anteriormente, de que seria impossível a coexistência de substituição processual e litisconsórcio, sendo o legitimado extraordinário à tutela coletiva um substituto processual e, sendo possível o litisconsórcio entre os legitimados à tutela coletiva, admite-se a coexistência entre substituição processual e litisconsórcio.

⁵⁷ Art. 5º, §5º, LACP: “§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)”

⁵⁸ Sobre este questionamento, seguem palavras de Hermes Zaneti Jr. (2018, p. 196): “O litisconsórcio é admitido, mas não resolve todos os problemas práticos. O problema mais importante diz respeito à competência: quem afinal irá julgar a ação, a Justiça Federal, a Justiça Estadual ou a Justiça do Trabalho. Não há lei que cuide especialmente dessa situação, tampouco a Constituição Federal tratou de resolver o problema. Surgem, basicamente, duas correntes. Pela primeira delas, vinculam-se os ramos do Ministério Público às respectivas

(ZANETI, 2018, p. 195-196). A problemática é pertinente, mas não é objeto de análise deste trabalho.

Sergio Shimura (2006, p. 56) e Eduardo Cândia (2012, p. 175) defendem que não há limitação à legitimidade coletiva do Ministério Público, sendo sua legitimidade ampla e incondicional, de modo que não existe, para o órgão, o requisito da representatividade adequada, em razão da essência de sua finalidade institucional. Sandoval Alves da Silva (2016, p. 234) afirma que incumbe ao Ministério Público:

(...) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis, além do zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública encarregados de assegurar os direitos previstos na Constituição.

Em segundo lugar, a Defensoria Pública é legitimada coletiva, nos termos do art. 5º, II da LACP. A forma de atuação defensorial é tida como tríplice: a de substituto do advogado privado, interveniente e, enfim, legitimado extraordinário coletivo (MAIA, 2015, p. 15). A Lei nº 11.448/2007 incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos à propositura de ação civil pública, embora isto já fosse possível por força do art. 134, *caput* da Constituição da República, pela atribuição do dever de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados⁵⁹.

A legitimidade ativa da Defensoria Pública foi bastante problematizada pela jurisprudência, sendo inclusive alvo da ação direta de inconstitucionalidade ADIN nº 3.943, que tinha como objetivo afastar ou limitar a legitimidade defensorial coletiva, a qual foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, em 07/05/2015 (MAIA, 2015, p. 14).

A legitimidade coletiva da tutela coletiva esbarrou em diversas desavenças doutrinárias e jurisprudenciais, até mesmo justificada em fundamento que defendia a

justiças, partindo-se da competência judicial para a identificação da atribuição do órgão do *Parquet*. Se se tratar de competência da Justiça Federal, será proposta pelo Ministério Público Federal; se da Justiça Estadual, pelo Ministério Público Estadual; se da Justiça do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho etc. A segunda corrente segue sentido totalmente diverso. O Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer suas funções em qualquer Justiça. O que importa, realmente, é saber se é da sua atribuição constitucional a causa que vai demandar (art. 177, CPC). Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário apto a prestar adequadamente a tutela dos direitos. O foco aqui não é tanto na organização judiciária, mas na prestação da justiça como serviço público, voltada para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão e dos grupos.

⁵⁹ Antes da Lei nº 11.448/2007, a redação do art. 134 da CR era: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Após a referida Lei e com a Emenda Constitucional de 2014, não há qualquer dúvida quanto à legitimidade da Defensoria, uma vez que a ela é atribuído constitucionalmente o dever de defesa de direitos coletivos, passando a ser a redação do art. 134 da CR a seguinte: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

necessidade de configuração de necessidade econômica do grupo substituído pela Defensoria (CÂNDIA, 2012, p. 180), o que claramente seria um fator limitante, pela impossibilidade prática de averiguar pessoa por pessoa a vulnerabilidade econômica, havendo a possibilidade de que existisse uma pessoa com melhores condições financeiras dentro daquela coletividade.

Entende-se que o melhor posicionamento é aquele que argumenta pela legitimidade da Defensoria Pública independentemente de hipossuficiência financeira, porque o órgão apresenta funções típicas e atípicas, sendo que a primeira pressupõe a hipossuficiência econômica – tanto em atuação coletiva, como individual –, ao passo que na segunda função o destinatário não é o necessitado econômico, e sim o necessitado jurídico – como ocorre nos casos de curatela especial⁶⁰ (DIDIER JR., ZANETI JR., 2021, p. 251).

Em seguida, a legitimidade ativa das Associações Cíveis é prevista tanto na LACP⁶¹, quanto no CDC⁶², estando sob duas condicionantes: a primeira de valor temporal, que é a exigência da pré-constituição pelo prazo de pelo menos um ano, e a segunda de valor formal, que é a inclusão de finalidade específica da defesa do consumidor nos estatutos da associação (SOARES, 2017, p. 747).

Tais condicionantes, num primeiro momento, buscam qualificar a atuação em prol da coletividade, entretanto, podem representar óbices para sua concretização, inibindo a atuação social da associação, merecendo destaque o que lecionou Dennis Verbicaro Soares (2017, p. 748) que, embora trabalhe diretamente a tutela coletiva consumerista, traz lições válidas para os estudos da tutela coletiva em sentido amplo:

A simples mudança de perspectiva de uma subjetividade individual para a coletiva a partir da própria ideia de empatia social envolverá anos de experimentação política, sendo a legitimação extraordinária conferida à sociedade civil nas ações coletivas uma ótima oportunidade para a difusão dessa nova mentalidade, não sendo, portanto, razoável que tal espaço político de deliberação seja restringido por exigências formais.

⁶⁰ Em posicionamento diverso, Eduardo Cândia (2012, p. 181) entende que, embora a pertinência temática não deva ser interpretada de maneira absoluta, a sua relativização deveria ocorrer no caso de maioria economicamente vulnerável.

⁶¹ Art. 5º, V, LACP: “a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶² Redação art. 82, IV, CDC: “IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”

O §1º do art. 82 do CDC⁶³ dilui o caráter monolítico das exigências supramencionadas, sugerindo conceitos abertos que favorecem sua amplitude (SOARES, 2017, p. 748). Essa ideia será revisitada futuramente, mas sua importância é registrada desde já.

Ressalta-se, ainda, que a ideia de associações⁶⁴ abrange sindicatos, fundações de direito privado, partidos políticos e todas as demais formas de associativismo, inclusive porque o art. 174, §2º da Constituição da República prescreve que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”, abrangendo, também, as comunidades indígenas⁶⁵ e os sindicatos⁶⁶ (CÂNDIA, 2012, p. 190).

Quanto à União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁶⁷, não há mistério: a eles é atribuída legitimidade, tanto na LACP, quanto no CDC. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (2019, p. 273) afirmam, inclusive, que sobre esse ponto “o debate não atinge proporções similares àquelas existentes em relação” aos demais legitimados, embora existam defensores da necessidade de pertinência temática entre ente autor e interesse material litigioso, o que é equivocado, uma vez que a lei não impõe parâmetro limitador, não havendo razão para a jurisprudência e a doutrina criarem tal óbice, contrariando inclusive a proteção constitucional do processo coletivo (ARENHART, OSNA, 2019, p. 273).

Por fim, a LACP outorga legitimidade às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista⁶⁸, enquanto o CDC o faz em relação às entidades e órgãos da Administração Pública, direta e indireta, especificamente destinados à defesa dos consumidores⁶⁹.

⁶³ Redação do art. 82, §1º do CDC: O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁶⁴ Em posicionamento diferenciado, José Carlos Barbosa Moreira defendeu que a legitimação das associações seria *ordinária*, e não *extraordinária*. Cita-se o trecho das palavras em que o autor (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 35) expressa tal posicionamento: “A situação é manifestamente insatisfatória. *De lege lata*, será talvez possível contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que, em determinados casos, o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal. Desse interesse pode uma associação fazer-se titular, *ela mesma*, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles. A associação se legitimaria, pois, em caráter *ordinário*, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral.

⁶⁵ Redação do art. 232, CR: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

⁶⁶ Redação do art. 8º, III, CR: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

⁶⁷ Art. 5º, III, LACP e art. 82, II, CDC.

⁶⁸ Art. 5º, IV, LACP.

⁶⁹ Art. 82, III, CDC.

A questão da legitimidade, inevitavelmente, deve perpassar pela análise de quem vai transmitir adequadamente a voz da coletividade. É como se, em um determinado protesto, o portador do megafone vociferasse palavras de ordem diferentes daquelas bradadas pelas pessoas cujas vozes não se amplificam, pertencentes ao grande grupo que protesta. Qual voz é amplificada no megafone e quais são as palavras por ela proferidas? Correspondem aos pleitos do protesto? Com a narração dessa situação fictícia, introduz-se a temática da representatividade adequada.

Conforme mencionado ao expor sobre a legitimidade na tutela coletiva, todas as atribuições de legitimidade pelos dispositivos trabalhados, em alguma medida, passaram por discussões sobre sua conformidade não só com os interesses da coletividade, como, também, com as suas finalidades institucionais atribuídas constitucionalmente. É cediço que as questões que dizem respeito à legitimidade coletiva e à representatividade adequada são alvos de sérios debates há muito tempo.

Isso porque há severas discussões sobre, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público atuar na defesa de direitos individuais homogêneos enquanto legitimado ativo. Outro exemplo é a ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, ajuizada com a intenção de alcançar o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal que incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública (ARAUJO, 2013, p. 131), já mencionada, a qual foi julgada improcedente pelo Supremo em 2015.

Válido ressaltar, também, a discussão a respeito da limitação territorial (ou ausência de limitação) para a atuação dos entes políticos e a necessidade (ou desnecessidade) de pertinência temática das entidades com as suas atribuições (ARAUJO, 2013, 133-134), desaguando em posicionamentos que defendem o controle judicial da adequação do autor coletivo (HOLANDA, 2012, p. 86), mesmo diante do rol já reduzido de legitimados⁷⁰.

Ao abordar a “recepção e transmissão de institutos processuais civis”, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2006, p. 4) afirmaram que o Brasil esteve na vanguarda ao criar legislações de proteção aos direitos transindividuais entre os países de *civil law*, cujos moldes de inspiração foram as *class actions* norte-americanas, oriundas do *common law*. No que se refere à “*adequacy of representation*”, o modelo brasileiro fixou requisitos objetivos, de natureza legal. Para os autores, isso significa que, embora o Brasil tenha se inspirado nas *class*

⁷⁰ O que, de certa forma, reflete o modelo paternalista de legitimidade ativa adotado pela legislação coletiva brasileira, com exceção expressa das associações civis (ZUFELATO, 2017, p. 2).

actions norte-americanas, encontrou soluções próprias e mais adequadas para as peculiaridades do país.

É válido mencionar o paralelo feito por Rodrigo Mendes de Araujo (2013, p. 205), quando afirmou que, dentre as principais diferenças entre o modelo de representatividade adequada do legitimado coletivo no direito brasileiro e do norte-americano, a representação adequada é um pré-requisito das *class actions*, cuja existência deve ser verificada em concreto pelo magistrado, ao passo que no Brasil os legitimados já são previstos em lei, presumindo-se a adequação da representação dos interesses da coletividade, não cabendo ao magistrado brasileiro averiguar em concreto a presença da representação adequada.

Indo adiante, Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (2019, p. 269) afirmaram que “permitir que o Poder Judiciário possa controlar essa atuação como questão de legitimidade é lhe emprestar papel inexistente”, uma vez que já estão previstas as funções e limitações institucionais na Constituição da República⁷¹.

Em contrapartida, existem também os autores que defendem o controle judicial da legitimação coletiva, não anuindo com a premissa de que a atribuição de legitimidade legalmente seria o bastante para garantir a representação adequada dos interesses, sendo a representatividade adequada uma tarefa do legislador, e não do juiz (DIDIER JR., 2005, p. 265).

Com traço redacional crítico que lhe é característico, Antonio Gidi (2002, p. 1) ressaltou que: “por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”, ao abordar a corrente que defende a presunção *iuris et de iure*⁷². Dessa forma, defendendo o controle da representatividade adequada, Antonio Gidi (2002, p. 5) propôs uma saída para o direito brasileiro:

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro,

⁷¹ Vale a menção da crítica feita pelos autores (ARENHART, OSNA, 2019, p. 269): “De fato, pense-se nas outras hipóteses de atuação do Ministério Público e se verá com facilidade que o Judiciário não tem o poder (e não costuma imiscuir-se nesses temas) de realizar tal tipo de fiscalização. Pode o Judiciário dizer quais são os interesses dos indígenas que devem ser tutelados (art. 129, V, da CF), ou afirmar que certa ação, movida pelo Ministério Público, não tutela aquilo que, em sua ótica, representa os interesses das comunidades indígenas? Obviamente, não. A questão deve ser verificada *interna corporis*, não sendo cabível que o Poder Judiciário se intrometa em tal seara, sob pena de ingressar em área reservada a outro ente.”

⁷² Em bom português: “não deve haver controle do juiz porque já houve controle pelo legislador” (GIDI, 2002, p. 2).

adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado.

O argumento é sedimentado no devido processo legal, tanto para Gidi (2002, p. 5), quanto para Fredie Didier Jr.⁷³ (2005, p. 266). Este segundo defendeu que a análise da legitimação coletiva deve acontecer em duas fases: 1) a verificação da autorização legal para a condução do processo coletivo; 2) a análise da adequação da legitimidade, no caso concreto, pelo juiz.

O Anteprojeto de Código Modelo elaborado por Antonio Gidi (2008, p. 448), fortemente influenciado pela realidade norte-americana, trouxe a necessidade de avaliação da adequação da representação em seu art. 3º, cuja transcrição é importante, não apenas para pensar na possibilidade de positivação expressa do controle da adequação da representação, como, também, para observar algumas exigências que iriam além do que a jurisprudência brasileira costuma avaliar ao se manifestar sobre o tema:

- 3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, dentre outros fatores:
 - 3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;
 - 3.1.2. o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;
 - 3.1.2. a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;
 - 3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;
 - 3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo;

É interessante notar que para além da Torre de Babel da adequação da representação *à brasileira*, José Carlos Barbosa Moreira apresentou posicionamento, em 1984 (p. 36), no sentido de que deveria ser reservada ao juiz certa margem de liberdade no exame de cada caso, defendendo uma flexibilidade, com o estabelecimento de critérios de avaliação da idoneidade das associações.

Justamente por defender o interesse *geral* da coletividade (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 35)⁷⁴, inclusive, que a atuação das associações civis deve ser interpretada como caso de substituição processual⁷⁵, e não de representação, uma vez que, “se se tratasse de um

⁷³ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021) defendem o controle judicial da representatividade adequada, ressaltando que a jurisprudência brasileira já caminha nesse sentido, “mesmo que com marchas e contramarchas”.

⁷⁴ Posicionamento de Barbosa Moreira (1984, p. 35) exposto em nota de rodapé anteriormente, no qual ele aponta divergência da doutrina majoritária, sustentando que a legitimação das associações seria *ordinária*, e não *extraordinária*.

⁷⁵ Sobre a substituição processual concernente à atuação dos legitimados coletivos, Celso Neves (1989, p. 5) destacou: “Para a tutela de direito do substituído – repita-se – é que se dá, ao substituto processual, a legitimação extraordinária própria da substituição processual. A atuação do substituto é, pois, sempre, positiva, no sentido da

fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em juízo, seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante” (BARBOSA MOREIRA, 1991, p. 4).

É certo que as ações coletivas representam a ampliação da participação da sociedade no processo, devendo estabelecer padrões de comportamento condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados, de tal forma que o rol de legitimados merece ampliação, a fim de que represente o caráter mais pluralista possível de participação e acesso à justiça (MENDES, 2012, p.4).

Conforme mencionado ao longo desta subseção, o questionamento quanto à análise da representatividade adequada alcança todos os legitimados legais, e não apenas as associações. No entanto, nestes últimos parágrafos o enfoque foi voltado a elas justamente porque comumente sua adequação é questionada, o que poderia induzir a uma interpretação de que a análise da representatividade adequada das associações vai na contramão do fato de que há restrição infraconstitucional para sua atuação, estabelecendo os dois requisitos mencionados outrora.

Acredita-se, no entanto, que a importância da discussão está não nos requisitos para a atuação das associações – os quais, inclusive por previsão legislativa, podem ser flexibilizados –, mas sim na análise da representatividade adequada em sua atuação, adotando-se, portanto, o posicionamento da segunda corrente mencionada: é relevante a análise da adequação da representação no caso concreto⁷⁶.

Em estudos sobre a representação⁷⁷ e participação no processo, Edilson Vitorelli (2019, p. 25) inicia a obra indagando se os legitimados coletivos seriam capazes de definir livremente a extensão e modalidade da tutela jurisdicional pleiteada. O autor vai além: indaga se a tutela requerida será capaz de dar conta dos reais interesses da coletividade.

Os questionamentos são fundamentais para o desenvolvimento da obra, em que Vitorelli mergulha na representação, apontando incontáveis casos concretos, nacionais e

realização do direito do substituído, sendo inconcebível substituição processual negativa, em que o substituto pretenda, ou o acolhimento de pedido contrário ao substituído, ou a rejeição de pedido deste. O interesse do substituto que autoriza a substituição há de ser coincidente com o interesse do substituído e suscetível de realizar-se mediante a ação direta que a ele caiba, ou de que tenha sido despojado, por efeito da disciplina legal que estabeleça a legitimação extraordinária de outrem. Em verdade, há dois interesses que se conjugam já substituição, sendo excepcionais os casos em que o substituto tenha interesse simples, não qualificado, ainda aí necessariamente coincidente com o do substituído.”

⁷⁶ Coloca-se um marcador nesta página para mencionar que o posicionamento adotado tem coerência com o que será desenvolvido futuramente neste trabalho.

⁷⁷ Representação no sentido de veiculação de interesses, e não no sentido técnico do CPC em que, por exemplo, a genitora representa em juízo o filho menor impúbere. “É a mesma acepção normalmente utilizada na doutrina do processo coletivo, quando trata de adequação da representação ou representatividade adequada” (VITORELLI, 2019, p. 114).

estrangeiros, que representam a problemática da representação de interesses da coletividade, sendo paradigmático para o pensamento do autor o caso das lavadeiras do Rio Jequitinhonha⁷⁸, em razão de sua experiência na audiência pública realizada no caso.

Não é necessário ir à Minas Gerais para se deparar com situações dignas de profundas reflexões, oriundas de conflitos transindividuais (lamentavelmente, tais conflitos estão presentes em toda a extensão territorial do país). A autora deste trabalho esteve em audiência pública realizada no caso do desastre ambiental do naufrágio do Navio Haidar, em Barcarena/PA, no ano de 2015. Resumidamente, o referido navio afundou com a carga de aproximadamente cinco mil bois vivos, acarretando, além do sofrimento intenso e cruel dos animais, a poluição das praias da região e severos impactos socioeconômicos à população.

Na ação civil pública ajuizada, foi celebrado acordo em audiência de conciliação. Após a celebração do acordo – e aqui reside a problemática central –, foi realizada audiência pública, em 26/06/2018, na qual foi possível identificar veemente insatisfação da população com o montante da indenização que seria paga⁷⁹⁻⁸⁰. Não convém adentrar nos pormenores do caso, mas ele foi mencionado para levantar o questionamento acerca não só sobre a participação, mas, especialmente, sobre a representatividade adequada, tendo em vista que um

⁷⁸ Sobre o caso, Edilson Vitorelli (2019, p. 104): “Estiveram presentes na audiência membros e representantes de trabalhadores especialmente atingidos pela usina: as lavadeiras do Rio Jequitinhonha, pescadores, extratores de pedras e pedreiros. Em seus relatos, o testemunho de quem perdeu seu meio de trabalho e única fonte de renda, que eram intrinsecamente ligados e dependentes do rio. Nessa condição, ressalta-se a situação das lavadeiras do Jequitinhonha, conhecidas em todo o País pelas cantigas que entoavam enquanto lavavam as roupas no rio. Por isso, mias do que o drama pessoal, foi também o fim de uma instituição cultural. A construção da usina resultou na poluição das águas e as cerca de 30 lavadeiras perderam sua fonte de sustento, embora a empresa tivesse prometido que elas poderiam continuar a exercer seu ofício. Nos acordos celebrados àquela época, foi prevista a construção de uma lavanderia, o que realmente foi feito, mas com pias tão pequenas, que impedem sua utilização, além de se cobrar pelo uso da água e da energia. Resultado: a lavanderia está abandonada. Nenhuma lavadeira recebeu indenização do empreendedor pelo fim da sua profissão. Hoje, não é mais possível lavar roupa no rio, nem há clientela que entregue suas roupas para serem lavadas em águas poluídas. Estão todas desempregadas, com idade avançada, sem perspectiva de assumir nova profissão. A audiência pública foi conduzida pelo autor destas linhas, com o Procurador da República Fernando Zelada, e constitui a origem remota das indagações que redundaram no pensamento exposto neste livro.”

⁷⁹ Em outra oportunidade, fez-se a análise econômica do referido acordo, publicado no seguinte trabalho: VIEIRA, Debora da Silva; DIAS, Jean Carlos; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O acordo realizado na ACP do naufrágio do Navio Haidar em Barcarena/PA aos olhos da análise econômica do direito. In MENDONÇA, Verena; NEVES, Rafaela; RESQUE, João (Org.). **Direito Contemporâneo em debate: estudos transdisciplinares**. Editora Fi, 2020. Pela experiência presencial na referida audiência pública (como observadora, eis que, à época, estudante da graduação e desenvolvendo projeto de iniciação científica), notou-se que a ausência de oportunidade para opinar no acordo e manifestar suas pretensões desaguou em insatisfação para boa parte da coletividade atingida, o que, de certa forma, foi a gênese da interrogação quanto à representatividade adequada e, com o passar do tempo, transformou-se em indagações sobre a própria legitimidade processual na tutela coletiva.

⁸⁰ Apesar das críticas desenvolvidas no trabalho mencionado na nota de rodapé anterior, atualmente a autora compreende as dificuldades práticas enfrentadas pelos legitimados coletivos que atuaram no caso. No entanto, o posicionamento continua sendo o de que as indenizações foram fixadas em valor exíguo em face da extensão do dano sofrido, embora atualmente se entenda que o caso merece reflexões mais atentas, uma vez que a solução prática é mais complexa e transcende o pagamento das indenizações.

representante adequado tem, também, o dever de promover a participação na tutela coletiva, seja pelos meios judiciais ou extrajudiciais⁸¹.

Nota-se que há confluências entre as três temáticas: participação, representatividade adequada e legitimidade. O objeto deste trabalho é notavelmente a *legitimidade*, conforme exposto exaustivamente, mas é imprescindível passar pela análise da adequação do autor coletivo, e aqui reside a importância desta subseção, na qual se analisou a representatividade adequada da perspectiva brasileira. Em diálogo com o que foi exposto anteriormente, sabe-se que o modelo coletivo brasileiro, embora de *civil law*, sofreu influências das *class actions* norte-americanas, razão pela qual o próximo tópico será destinado a uma sucinta abordagem sobre o sistema estadunidense de avaliação da representatividade adequada.

2.2.2.1 Um breve paralelo entre o modelo brasileiro e a representatividade adequada no sistema estadunidense, segundo a *Rule 23*

O objetivo de traçar um paralelo, ainda que brevemente, com o direito estrangeiro neste tópico tem a ver não apenas com as influências das *class actions* norte-americanas sobre as ações coletivas brasileiras, como, também, com o objetivo de levantar a reflexão acerca da análise da representatividade adequada no Brasil e o que ainda há de semelhança e de distinção em relação à opção estadunidense. A abordagem, como um *Allegretto*⁸² que se destaca da música que lhe precede, pode aparentar ter ritmos e melodias dissonantes do que vinha sendo apresentado, mas, ao final, fará sentido com a Sinfonia completa.

Em 1938, foram promulgadas as “Normas do Processo Civil Federal” – *Federal Rules of Civil Procedure* – dos Estados Unidos, de abrangência nacional (GIDI, 2007, p. 46). Dentre tais normas, a *Rule 23* foi criada para disciplinar as *class actions* a nível nacional, tendo passado por reformas em 1966, 1987, 1998 e 2003, sendo a primeira a mais significativa e intensa (ARAUJO, 2013, p. 185). A *Rule 23* possibilitou a unificação do regime das *class actions* e, após a primeira reforma, a adoção do sistema que divide as ações

⁸¹ Sobre a participação na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em matéria trabalhista, também se defendeu a ideia de dar voz e vez à coletividade representada, em: VIEIRA, Debora; GÓES, Gisele Santos Fernandes; MARANHÃO, Ney. Lei da Ação Civil Pública: termo de ajustamento em matéria trabalhista e participação da coletividade. In MILARÉ, Edis (Coord.). **Lei da Ação Civil Pública após 35 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

⁸² Para que o leitor que não tem familiaridade com a música clássica compreenda a metáfora, sugere-se que o tópico seja lido ao som do *Allegretto* do II Ato do ballet de repertório Dom Quixote, composto por Ludwig Minkus, conforme mencionado em outro momento.

de classe estadunidenses em três categorias totalmente diversas, sendo elas as *class actions* (b)(1), (b)(2) e (b)(3)⁸³.

João Paulo Lordelo (2020, p. 112-113) destacou que a mudança legislativa ocorreu em razão de dois fatores contextuais à época: I) a necessidade de tutelar de forma mais adequada os direitos civis e políticos, especialmente combatendo a segregação racial, a partir do movimento dos *civil rights* da década de 60; II) a necessidade de revisão técnica do regramento existente, para não incorrer no formalismo e na abstração excessivos.

Dessa forma, para que seja dado seguimento à *class action*, é necessária a presença de quatro requisitos, sendo eles: 1) a numerosidade ou impraticabilidade de litisconsórcio; 2) questões de direito ou de fato comuns à classe; 3) tipicidade; e 4) representatividade adequada⁸⁴.

É interessante ressaltar, antes de chegar aos pré-requisitos, que a avaliação da presença destes não é uniforme, variando a depender do tipo de *class action* proposta e do direito material envolvido no caso concreto, sendo muito difícil estabelecer regras gerais, uma vez que a avaliação deve ser feita no caso concreto pelo magistrado (GIDI, 2007, p. 71)⁸⁵.

O primeiro pré-requisito exige que o número de membros da classe seja tão grande que o litisconsórcio seja impraticável, tendo em vista as nítidas dificuldades práticas de ler, organizar e julgar todas as petições e argumentos de cada um dos membros por parte do Judiciário, assim como seria inviável ou custoso demais reunir todos os membros do grupo, correndo o risco inclusive de que alguns membros sequer tomassem conhecimento da ação proposta em litisconsórcio (GIDI, 2007, p. 73). Em outras palavras, André Vasconcelos Roque (2013, p. 111) esclareceu que a numerosidade expressa a inviabilidade, em termos

⁸³ Não é o enfoque deste trabalho, tampouco desta seção, mergulhar em cada tipo de *class actions*, a importância é saber que a reforma de 1966 proporcionou essa modificação. O objetivo da subseção é se voltar para os requisitos das *class actions*, e não para os tipos de *class actions*.

⁸⁴ Redação original do dispositivo que trata dos requisitos para as *class actions*:

“(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
 (2) there are questions of law or fact common to the class;
 (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
 (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

Tradução livre feita pela autora:

“(a) Pré-requisitos. Um ou mais membros da classe podem processar ou ser processados como representantes de todos os membros somente se:

(1) a classe é tão numerosa que a união de todos os membros é impraticável;
 (2) existem questões de fato ou de direito comuns à classe;
 (3) as reivindicações ou defesas dos representantes são típicas das reivindicações ou defesas da classe;
 (4) a representatividade das partes é adequada o bastante para proteger os interesses da classe”.

⁸⁵ Isso se difere do que vem fazendo a jurisprudência brasileira, ao julgar a representatividade adequada no caso concreto, traçando limitações para futuras ações coletivas, como ocorre na (descabida) discussão se o Ministério Público poderia ou não ajuizar ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos.

práticos, de trazer todos os membros do grupo ao processo, sendo impossível o litisconsórcio⁸⁶.

O segundo pré-requisito, por sua vez, versa sobre o que se chama de “questão comum”, que representa a exigência de que a situação do caso concreto permita uma decisão unitária, em razão da existência de questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo⁸⁷. Não há definição nem na *Rule 23*, nem na jurisprudência norte-americana, do conceito de “questão comum”, de modo que é possível depreender que “o juiz saberá reconhecer a questão comum, quando estiver diante de uma” (GIDI, 2007, p. 79-80).

André Vasconcelos Roque (2013, p. 119) ponderou que, em que pese a linguagem expressa da *Rule 23 (a)(2)* fazer referência a *questões comuns de fato ou de direito*, o entendimento dominante é o de que basta uma única questão comum para todo o grupo, não importando a existência de outras questões de natureza individual, de modo que não seria necessária a preponderância das questões comuns à classe sobre as individuais. Assim, o autor expôs que “se as pretensões de todos os membros possuírem o mesmo fundamento legal ou identidade de circunstâncias fáticas relevantes e se o processamento coletivo não criar injustiça substancial para os representados ou parte adversa, estará preenchido o requisito”.

Rodrigo Mendes de Araújo (2013, p. 187) adota a subdivisão de Antonio Gidi (2007, p. 73), no sentido de que os dois primeiros requisitos – acima elencados – são questões objetivas e devem ser analisados externamente ao processo, sendo, assim, extraprocessuais.

O terceiro pré-requisito é o da tipicidade, previsto na *Rule 23 (a)(3)*. Significa, em suma, que os interesses do representante da classe devem em alguma medida ser compatíveis com os interesses do grupo, tendo algo em comum entre a pretensão do representante e as pretensões do grupo. Isto significa dizer que “dentro da sistemática individualista⁸⁸ do direito

⁸⁶ Sobre esse requisito, é interessante a ponderação feita por André Vasconcelos Roque (2013, p. 111-112): “Nos dias de hoje, o requisito da numerosidade previsto na Regra 23 tem por finalidade assegurar que as *class actions* contemporâneas atinjam seus objetivos principais: promover a economia processual e a preservação dos recursos da máquina judiciária, evitando que sejam ajuizadas inúmeras ações individuais envolvendo questões comuns e, por outro lado, fomentar o acesso à justiça, sobretudo de pessoas com pretensões de pequeno valor econômico ou com escasso acesso aos meios de informação que, de outra maneira, jamais bateriam às portas do Poder Judiciário. De certa forma, todavia, o requisito constitui o reconhecimento de que as *class actions* são procedimentos complexos, onerosos e que demandam muitos recursos da máquina judiciária, apenas devendo ser utilizada nos casos em que o litisconsórcio não puder ser manejado sem causar grandes inconvenientes.”

⁸⁷ Ao fazer o paralelo com a opção legislativa brasileira, Antonio Gidi (2007, p. 80) sustentou que: “Com efeito, no direito processual civil coletivo brasileiro, nenhum desses três requisitos é previsto pela lei: a adequação do representante diz-se presumida e não se avalia a numerosidade do grupo ou a impraticabilidade do litisconsórcio. Ademais, o autor da ação coletiva não precisa ter, e em geral não tem, nenhum interesse pessoal na lide, uma vez que não precisa ser um dos membros do grupo que representa (tipicidade).

⁸⁸ Merece atenção o seguinte trecho, oriundo da doutrina estrangeira, que ressalta exatamente o ponto da individualidade: “Rule 23 ensures that the representative has the appropriate personal incentives to advance the claims of the unnamed members. Rather than entrust the prosecution of the unnamed members’ claims to the goodness of the class representative’s heart, courts instead have tethered the class representative’s adequacy to

estadunidense, ao lutar pelos próprios interesses, o representante estará indiretamente tutelando os direitos da coletividade” (ROQUE, 2013, p. 124).

André Vasconcelos Roque (2013, p. 124) asseverou que o conceito da tipicidade se sobrepõe à questão comum, uma vez que ambos os critérios verificam a existência de questões em comum, embora o primeiro diga respeito diretamente aos representantes e membros ausentes, ao passo que o segundo se refere à classe inteira. Isto é, havendo tipicidade, haverá questão comum. No entanto, é necessário também ressaltar suas diferenças, pois elas se desdobram em consequências processuais diferentes, uma vez que se não existir questão comum, a *class action* poderá não ser certificada como coletiva, mas se, de outra banda, não for reconhecida a tipicidade, o representante poderá ser substituído por outro e a *class action* poderá seguir seu curso.

Essas perspectivas conversam diretamente com a subdivisão mencionada anteriormente, segundo a qual os pré-requisitos (a)(1) e (a)(2) seriam objetivos, sendo avaliados extraprocessualmente – daí porque a consequência processual de não certificar a *class action* como coletiva –, enquanto os pré-requisitos (a)(3) e (a)(4) seriam subjetivos, pois, constatada a presença dos requisitos objetivos, será feita a análise se a pretensão/defesa do representante se assemelha à da classe (tipicidade) e se o representante é adequado para veicular as pretensões do grupo, gerando efeitos endoprocessuais – como mencionado no parágrafo anterior, por exemplo, a troca do representante (ARAUJO, 2013, p. 187).

Com esse comentário, chega-se finalmente ao último pré-requisito: a representatividade adequada, prevista no item (a)(4), tendo direta correspondência com o devido processo legal em relação aos membros ausentes (GIDI, 2007, p. 99). A concepção tradicional do devido processo legal dispõe que ninguém será privado de seus direitos sem ser ouvido em juízo, sendo as *class actions* uma exceção a essa aceção, já que, desde que o

his self-interest in prosecuting the case. The justification for this rule is rooted in a well-worn belief about human nature: “We may trust man to help his fellow man if by doing so he helps himself...”. Stating that the class representative must have self-interest in representing the class, however, does not resolve the matter. Incentives come in a variety of forms and have varied throughout the history of group litigation. Instead, the relevant question becomes what motivations exist and ought to exist” (FORD, 2008, p. 31-32). Tradução livre feita pela autora: “A *Rule 23* garante que o representante tenha os incentivos pessoais apropriados para fazer avançar as reivindicações dos membros não identificados. Em vez de confiar a acusação das reivindicações dos membros não identificados à bondade do representante da classe, os tribunais, em vez disso, amarraram a adequação do representante da classe ao seu próprio interesse em processar o caso. A justificativa para esta regra está enraizada em uma crença bem conhecida sobre a natureza humana: ‘Podemos confiar que o homem ajudará seu próximo se assim fizer ele se ajudar ...’. Afirmar que o representante da classe deve ter interesse próprio em representar a classe, entretanto, não resolve a questão. Os incentivos vêm em uma variedade de formas e variaram ao longo da história do litígio em grupo. Em vez disso, a questão relevante passa a ser quais motivações existem e deveriam existir.”

“porta-voz” dos interesses do grupo seja adequado, entende-se que o direito de ser ouvido foi observado⁸⁹ (GIDI, 2007, p. 100).

John M. Murchison, em 1968 (p. 395-396), inserido no contexto norte-americano da mudança paradigmática proporcionada pela reforma da *Rule 23* em 1966, fez a seguinte observação sobre a adequação da representação:

The general question of adequacy of representation in a class action has assumed particular importance since the adoption of new Rule 23 in 1966. *Eisen* qualified for class litigation under subsection (b)(3) of the new rule, which corresponds to the former “spurious” class action. Adequacy of representation was not considered crucial under the old rule, since it was generally held that the spurious action was merely a permissive joinder device and only those actually before the court were bound by the judgment. However, under the amended Rule 23, all members of the (b)(3) class are bound unless they request exclusion. Further, due process requires that absentee class members not be bound unless they were adequately represented in the action. Thus, under the new rule adequate representation of the class is required in all actions, not only by the rule’s terms, but also by this constitutional consideration⁹⁰.

A questão da representatividade adequada tem direta correspondência com a tipicidade, conforme já observado, porque ambos dizem respeito às qualidades esperadas do representante, vez que “se as suas pretensões ou defesas não são típicas do restante da coletividade, ele não poderá proteger adequadamente os interesses do grupo”. A representatividade adequada envolve não apenas a responsabilidade do representante para com a coletividade, como também o dever do juiz de realizar o controle da adequação, inclusive de ofício (ROQUE, 2013, p. 134-135).

O controle judicial da adequação da representação deve incidir tanto sobre as partes, como sobre os advogados (MENDES, 2014, p. 81). Na realidade, alguns aspectos devem ser analisados na avaliação da representatividade adequada, sendo o primeiro deles o conflito de interesses, o qual poderá ocorrer em diferentes nuances: entre os membros do grupo; entre os

⁸⁹ Sobre esse pré-requisito, Antonio Gidi (2007, p. 100) ressaltou que: “Como o direito americano está menos interessado em criar ficções legais do que na realidade dos fatos, tornou-se imperativo criar meios para assegurar que o representante defenda adequadamente tais interesses, garantindo ao grupo um efetivo e realista direito de ser ouvido coletivamente em juízo”.

⁹⁰ Tradução livre feita pela autora: “A questão geral da adequação da representação na *class action* assumiu particular importância desde a adoção da nova *Rule 23* em 1966. *Eisen* qualificou-se para litígios coletivos sob a subseção (b)(3) da nova lei, a qual corresponde à antiga *class action* “espúria”. A representatividade adequada não era considerada crucial sob a vigência da antiga lei, uma vez que genericamente se sustentava que a ação espúria era meramente um dispositivo permissivo e apenas aqueles que realmente estivessem presentes no tribunal seriam vinculados à sentença. No entanto, de acordo com a *Rule 23* após a alteração, todos os membros da classe (b)(3) são obrigados, a menos que solicitem a exclusão. Além disso, o devido processo legal exige que os membros ausentes da classe não sejam obrigados, a menos que tenham sido representados adequadamente na ação. Assim, sob a nova regra, a representatividade adequada da classe é exigida em todas as ações, não apenas pelos termos da lei infraconstitucional, mas também por esta consideração constitucional”.

membros do grupo e o candidato a representante; entre os membros do grupo e o advogado do grupo; e entre o advogado e o representante do grupo (ARAÚJO, 2013, p. 191).

Edilson Vitorelli (2019, p. 327-328) ressalta que há duas questões centrais a serem respondidas para se verificar a adequação da representação, a coerência da classe e a competência do advogado. A primeira questão é a ausência de conflitos significativos entre a) os membros da classe e b) os membros da classe e seus advogados. O segundo ponto que merece atenção é o da efetividade, o qual se volta à competência, experiência, probidade e capacidade financeira do advogado conduzir o processo integralmente⁹¹.

Logo, fica evidente que a avaliação da representatividade adequada não é simples. Longe de assumir otimismo desmedido quanto às *class actions* estadunidenses, nota-se que não apenas a avaliação da representatividade adequada é difícil na prática, como também a experiência pode revelar situações inadequadas, inclusive porque a própria doutrina⁹² norte-americana vem tentando identificar como aprimorar o pré-requisito.

Finalmente, para além dos parâmetros de verificação da adequação da representatividade adequada, a decisão de certificação da classe é a declaração que confere ao representante o reconhecimento de sua adequação, podendo, no entanto, ser revista a qualquer tempo, inclusive de ofício (VITORELLI, 2019, p. 337).

Finalizado o *Allegretto*, o objetivo foi demonstrar linhas gerais sobre o pré-requisito da representatividade adequada, que tem efeitos intensos dentro do processo em caso de inadequação da representação. Dessa forma, mesmo diante de problemáticas na representação das classes, é possível extrair algumas lições do sistema norte-americano, ideia que será resgatada futuramente.

2.2.3 A legitimação conglobante e a legitimação autônoma na tutela coletiva

Estas linhas devem ser ouvidas como um *Presto assai*⁹³, cujo andamento, embora mais rápido, não poderia faltar nesta Sinfonia, quando apreciada em sua integralidade. Conforme exposto em tópico anterior, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a legitimidade processual na tutela coletiva é extraordinária, havendo também quem defenda o seu caráter de legitimidade ordinária. Nem de um lado, nem de outro, estão os autores que

⁹¹ Isto porque as *class actions* têm custo financeiro altíssimo, razão pela qual, na prática, são conduzidas por grandes escritórios de advocacia.

⁹² E jurisprudência, sendo importante ressaltar o sistema de *common law* estadunidense.

⁹³ Para musicalizar o andamento do texto, sugere-se que o leitor escute o *Presto assai* do I Ato de Dom Quixote, composto por Ludwig Minkus para o ballet clássico de repertório que deu vida ao clássico de Cervantes, dançado publicamente pela primeira vez no Teatro Bolshoi, em 1869.

entendem que a legitimidade na tutela coletiva seria autônoma, ou, ainda, conglobante. Embora sejam posicionamentos minoritários, este trabalho não poderia ser escrito sem mencioná-los.

A legitimidade autônoma é uma doutrina de origem alemã, capitaneada no Brasil por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, segundo a qual o legitimado seria um agente especialmente credenciado por lei para a condução do processo (MANCUSO, 2015, p. 194).

Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 68) expôs que nas ações coletivas o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material, passando a ser o reconhecimento da adequada representação para proteger os direitos coletivos, sendo, então, autônoma. O autor argumenta que a legitimidade não é ordinária, porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação e, entretanto, não é extraordinária porque não se insere nos moldes clássicos de identificação entre substituto e substituído⁹⁴.

Por sua vez, Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 65) sustentou o “princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação do direito coletivo tutelável”, por força de previsão constitucional e infraconstitucional, destacando-se os arts. 5º da LACP e 82 do CDC, o autor afirmou que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa, não havendo a necessidade de se questionar a titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade. Em outras palavras, pela previsão constitucional e legal, haverá a legitimidade, independentemente de quem for o titular do direito, revelando-se o autor como mais um dos defensores da legitimação autônoma na tutela coletiva.

Também adotando a legitimação autônoma para a condução do processo, Antonio Gidi (1995, p. 41) destacou que “a expressão ‘autonomia’, quer-nos parecer, assume aí uma conotação de desligar, desunir a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo”, porque o critério utilizado para atribuir a legitimidade coletiva é diferente do utilizado para a legitimidade individual, pois não está baseado na titularidade do

⁹⁴ Transcreve-se argumentação de Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 68) a favor do entendimento que defende a legitimação autônoma: “Só se pode dizer que algo é extraordinário se se reconhece aquilo que é ordinário. Este é o parâmetro para se dizer que o outro é extraordinário. No texto, nem uma coisa e nem outra. De qualquer sorte, pensamos que, levando-se a cabo a insistência em se utilizar o critério dicotômico, em nosso sentir, aproximar-se-ia mais a legitimidade para a defesa dos interesses difusos e coletivos da extraordinária, uma vez que é fora de dúvidas que o titular da ação não é o atingido pela coisa julgada. Na verdade, o problema não é de identificação dos titulares (comunidade, moradores de um bairro, consumidores de um produto etc.), mas da impossibilidade de se permitir que todos possam estar ao mesmo tempo em juízo. Nos difusos, se torna impossível. Dizer que é ordinária, filiando-se ao entendimento estrangeiro que inspirou o nosso instituto, não vale como regra, até porque o campo de legitimidade lá não encontra restrições nem quanto ao fato de ser um indivíduo e nem quanto ao pólo da relação jurídica coletiva. Além disso, porque, de maneira necessária, estamos atrelados ao sistema romano-germânico, onde, historicamente, desenvolvemos um raciocínio diverso, calcado na precitada dicotomia.”

direito material, e sim de o autor coletivo ser o representante adequado dos interesses da coletividade.

Hermes Zaneti Jr., (2010, p. 108) ao explicar sobre a teoria da legitimação autônoma para condução do processo, expôs que:

Vamos aprofundar um pouco estas considerações. A teoria da legitimação autônoma para a condução do processo foi criada com base na teoria do “direito de condução do processo” (*Prozessführungsrecht*) elaborada por Konrad Hellwig na tentativa de superar os óbices de lógica formal, decorrentes da formação do direito iluminista de ação, oponíveis à teoria da substituição processual. A doutrina do direito de conduzir o processo funda suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não uma relação direta que consubstancie necessariamente um interesse jurídico).

Donaldo Armelin (1979, p. 115) introduz o conceito da legitimidade apresentando a insuficiência do instituto da legitimidade *ad causam* para resolver a problemática processual intrínseca a ela apresentando a doutrina tedesca do “direito de conduzir o processo”. No entanto, o autor sustenta que não se distinguem o “*Prozessführungsrecht*” e a legitimidade extraordinária (substituição processual), pois a distinção entre legitimidade extraordinária e o direito de conduzir o processo se mostra necessária na medida em que o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, atribuindo a legitimidade *processual* a um terceiro, diferente daquele titular do direito material litigioso.

Finalmente, à luz do CPC/73, Hermes Zaneti Jr. (2010, p. 105) sustentou que a legitimação conglobante seria aquela legitimação extraordinária que decorre de todo o ordenamento jurídico. O autor (ZANETI JR., 2010, p. 113), ao delinear pensamentos sobre a legitimação conglobante, marcou a importância da realização do controle judicial da legitimidade na tutela coletiva⁹⁵ e, neste momento, o juiz procederá à verificação da legitimação conglobante, ou seja, verificando a presença dos “elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado sem que este esteja contrariando o ordenamento jurídico e a finalidade da tutela coletiva”.

Zaneti Jr. (2010, p. 116) concluiu afirmando que Arruda Alvim já defendia a tese de que a substituição processual seria decorrente não apenas da previsão legal expressa, como também autorizada pelo sistema, não havendo, então, a possibilidade de autorizar a substituição processual quando esta contrariar o ordenamento jurídico, ferindo a doutrina da “legitimação conglobante”.

⁹⁵ Tema que já foi trabalhado neste trabalho, tanto da perspectiva brasileira, quanto da perspectiva norte-americana.

É interessante observar que o posicionamento adepto da legitimação conglobante defende que, além da disposição legal expressa, a substituição processual não poderá contrariar o ordenamento jurídico. Mas não seria isto o que diz a atual redação do art. 18 do CPC? “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”, preceitua o dispositivo. Se a legitimidade extraordinária disposta no Código faz menção expressa ao *ordenamento jurídico*, qual razão há para alijá-la? Adota-se nessas linhas, então, o posicionamento de que a legitimação na tutela coletiva é extraordinária, havendo substituição processual, devendo estar de acordo com o ordenamento jurídico, segundo redação expressa do Código – sem olvidar, certamente, da necessidade de averiguação da representatividade adequada em cada caso concreto.

Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 6), em seus ensaios da maturidade, observou que muito se fala sobre o *ordenamento jurídico* – especialmente com o protagonismo dado pela mudança redacional tão mencionada neste trabalho –, “mas pouco se fala em suas conceituação e características e, sobretudo, em seu conteúdo”⁹⁶. Não há como discordar, mas esse ponto merece discussão específica em outro momento, firmando-se desde logo o compromisso de resgate com o leitor.

Nas últimas notas deste *Presto assai*, e já indicando o porvir do próximo Ato, cita-se as palavras de José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 29-30):

Numa palavra: o processualista, enquanto processualista, lida com a lei – quer em perspectiva *de lege lata*, quer *de lege ferenda*. Supor, entretanto, que a lei (a processual ou qualquer outra) seja onipotente, ou tenha ao menos força bastante para impelir por si só o processo, tal qual existe, na direção daquele ideal que acima se procurou esboçar, é ilusão em que a esta altura já ninguém, com certeza, facilmente cairá.

Portanto, após a análise dogmática da legitimidade na tutela coletiva, a próxima seção busca delinear um novo cálculo da rota, abordando os negócios jurídicos processuais, que partem, necessariamente, da teoria dos fatos jurídicos. Se o problema da legitimidade é tão profundo quanto sua interdisciplinariedade, é preciso recorrer aos conceitos lógico-jurídicos que embasam a negociação jurídica processual, a fim de que, posteriormente, reflita-se acerca da possibilidade de realização de negócio jurídico processual sobre a legitimidade na tutela coletiva. Com o devido apuro cartográfico, ciente da localização dos meridianos e tratados, o próximo capítulo pretende traçar um novo cálculo da rota da legitimidade, com novas altitudes e longitudes.

⁹⁶ No ensaio sobre ordenamento jurídico, Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 88) destacou que: “Assim, o direito objetivo, como complexo de normas escritas e consuetudinárias, não esgota o conceito de ordenamento jurídico, o qual compreende, além das normas, o princípio de autoridade do qual as normas provêm”.

3 O NOVO CÁLCULO DA ROTA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL: OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL

3.1 Considerações introdutórias sobre os negócios jurídicos processuais

Muito antes da existência da cláusula geral de negociação atípica disposta no art. 190 do CPC, o processo civil brasileiro convivia com o instituto do negócio jurídico processual, consagrado, no entanto, com a vigência do CPC e suas normas fundamentais, a exemplo da cooperação processual e da eficiência, dispostas nos arts. 6º e 8º do Código⁹⁷⁻⁹⁸.

O tema não é novo, seja na perspectiva brasileira, seja no contexto mundial e histórico. José Carlos Barbosa Moreira tratou das convenções processuais em 1984, em texto clássico publicado na Revista de Processo e na Terceira Série dos Temas de Direito Processual. É inegável, contudo, que o CPC/15 revigorou as discussões sobre a temática, seja por trazer diversas previsões de negócios jurídicos processuais típicos, ou, especialmente, por prever a cláusula geral de negociação atípica, prevista no art. 190. Introduzido o tema, antes de chegar às convenções processuais, em si, será necessário sobrevoar brevemente pela teoria dos fatos jurídicos processuais, tema da próxima seção.

3.1.1 A latitude: da teoria do fato jurídico aos fatos jurídicos processuais

Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 30) destacou que, metodologicamente, o estudo dos fatos jurídicos é anterior ao exame dos negócios jurídicos e, mais ainda, dos negócios jurídicos processuais. Por esse motivo, sem a intenção de esgotar a temática, pretende-se realizar a abordagem de como o estudo dos fatos jurídicos faz parte do percurso até os negócios jurídicos processuais, estes últimos, objeto desta dissertação de mestrado.

A terminologia “fato jurídico” é utilizada com diferentes significados, podendo ser aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico, ou para identificar um evento que não é um “ato”, ou seja, todos os fenômenos que ocorrem sem a influência da atividade humana. A questão central é que “fato jurídico é um conceito próprio da teoria geral do

⁹⁷ Redação do art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁹⁸ Redação do art. 8º do CPC: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

direito”, sendo esta uma premissa necessária para que se chegue aos negócios jurídicos processuais (NOGUEIRA, 2020, p. 31-32).

Diante das variações doutrinárias em torno da noção de fato jurídico, adota-se como referencial teórico o posicionamento ponteano, oriundo da teoria de Pontes de Miranda, segundo o qual fato, propriamente dito, é aquilo que ocorreu, ocorre ou vai ocorrer: “o mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros vão se dar” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 3). Os elementos do suporte fático são, então, pressupostos do fato jurídico: “o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos provém a eficácia jurídica” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 4).

Há, portanto, o mundo *fático* e o mundo *jurídico*, de modo que existem fatos que são relevantes o bastante para que uma norma jurídica impute a ele efeitos, ao passo que existem fatos que são irrelevantes ao ponto de permanecer sem uma normatização: “o mundo jurídico, está claro, se vale dos fatos da vida e, mais que isso, é constituído por eles próprios; resulta da atuação (incidência) da norma jurídica sobre os fatos, juridicizando-os” (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 45-46)⁹⁹. Segundo Pontes de Miranda (1954, p. 19-20), a regra jurídica tem uma função classificadora: “distribui os fatos em fatos relevantes e fatos irrelevantes para o direito, em fatos jurídicos e fatos ajurídicos”.

Os fatos jurídicos devem ser classificados de tal forma que (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 75):

A classificação dos fatos jurídicos há de atender a que o direito, se bem que seja indiferente a muitos fatos na vida, inclusive a atos humanos, (a) tem de reger o campo que lhe interessa e que constitui o próprio campo do mundo jurídico, discriminando os fatos que nêle entram conforme a natureza de cada um; porém (b) não pode deixar de aludir ao que compõe os suportes fáticos

⁹⁹ Sobre a separação entre fatos propriamente ditos e fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 49): “Em verdade, somente o fato que esteja regulado por norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato produtor de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja. As meras relações de cortesia, por exemplo, não criam situações jurídicas como a de A poder exigir que seu vizinho B o cumprimente toda manhã, sob pena de ser constrangido a fazê-lo ou punido por não fazer. Esse mesmo fato de cortesia (etiqueta), em outras situações, pode acarretar resultados jurídicos – que é o que acontece entre os militares, *e. g.*, em que pode ser punido o subordinado que não prestar continência ao seu superior – porque há uma norma jurídica que assim estabelece. (...) Resulta evidente, assim, a diferença substancial que existe entre o fático, enquanto apenas fático, e o jurídico, porque somente este pode ter algum efeito vinculante da conduta humana. O mundo jurídico, está claro, se vale dos fatos da vida e, mais que isso, é constituído por eles próprios; resulta da atuação (incidência) da norma jurídica sobre os fatos, juridicizando-os, e não representa, por isso, uma decorrência natural dos fatos. Enquanto com os demais fatos seu agrupamento em classes tem por elemento referencial dado que lhes é natural (*e. g.*, morte é fato biológico porque se refere à vida), os fatos jurídicos o são pela vontade humana, que, através das normas jurídicas, imputa caráter jurídico aos simples fatos da vida, integrantes naturais de outros mundos.”

antes de serem suficientes, ou ao que eles podem perder, perdendo, por isso, a suficiência¹⁰⁰.

Nesse sentido, a despeito das dissonâncias sobre a conceituação de fato jurídico, adota-se a concepção de Pontes de Miranda (1954, p. 77): “fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”¹⁰¹.

A partir da conceituação dos fatos jurídicos, a doutrina civilista desenvolveu a classificação tradicionalmente difundida, que divide-os em: 1) fatos jurídicos em sentido estrito; e 2) atos-fatos jurídicos, os quais são subdivididos em 2.1) atos jurídicos em sentido estrito; e 2.2) negócios jurídicos (NOGUEIRA, 2020, p. 40).

Pontes de Miranda desenvolveu classificação diferenciada, por considerar que a substância dos fatos jurídicos “reside nos dados essenciais que integram o seu suporte fático, tal como descritos nas normas jurídicas”, buscando um grau de certeza mais elevado quanto à classificação do fato jurídico analisado: “basta conhecer a descrição normativa do suporte fático para identificar de qual espécie se trata. O erro que porventura possa existir ficará sempre por conta da má interpretação da norma” (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 180).

A classificação dos fatos jurídicos proposta por Pontes de Miranda é, então, a seguinte (NOGUEIRA, 2020, p. 40):

Segundo a classificação proposta por Pontes de Miranda, que utiliza como critério para a divisão das espécies o elemento nuclear (dados essenciais) do suporte fático, tal como descrito da norma jurídica, os fatos jurídicos se dividem em: a) lícitos: (a.1) fato jurídico *stricto sensu*; (a.2) ato-fato jurídico; (a.3) ato jurídico *lato sensu*, por sua vez subdividido em (a.3.1) ato jurídico *stricto sensu*; (a.3.2) negócio jurídico; b) ilícitos: (b.1) fatos ilícitos *stricto sensu*; (b.2) atos-fatos ilícitos; (b.3) atos ilícitos.

O fato jurídico *stricto sensu* é aquele que independe de ato humano como dado essencial na composição de seu suporte fático: o nascimento, a morte e a maioridade são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu* (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 195).

O ato-fato jurídico, por sua vez, são os atos humanos em que não houve vontade, ou quando não se leva em consideração o conteúdo da vontade, sendo esses atos aptos ou não a serem suportes fáticos de regras jurídicas (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 83). Em outras

¹⁰⁰ Sobre as regras jurídicas, prosseguiu Pontes de Miranda (1954, p. 75): “Daí a existência de (a) regras jurídicas *pré-juridicizantes*, de (b) regras jurídicas *juridicizantes* e de (c) regras jurídicas *desjuridicizantes*.”

¹⁰¹ Transcreve-se integralmente a conceituação de fato jurídico elaborada por Pontes de Miranda (1954, p. 75): “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade. A oferta é fato jurídico: produz efeitos jurídicos. A aceitação também os produz, porque é fato jurídico. O contrato que delas surge é fato jurídico, com suporte de dois fatos jurídicos: a regra jurídica incide sobre dois suportes fáticos, em correlação, dando ensejo, assim, à bilateralidade.”

palavras, Pontes de Miranda busca destacar a relação essencial existente entre a conduta humana e o fato decorrente dela, de modo que, no caso do ato-fato jurídico, é necessária uma conduta humana, mas não há manifestação de vontade em sua realização¹⁰² (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 198).

O ato jurídico *lato sensu* é aquele “cujo suporte fático prevê como seu *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 208). Dessa maneira, as manifestações e declarações de vontade¹⁰³ são as exteriorizações da vontade aptas a fazerem parte do suporte fático de um fato jurídico, com ou sem o escopo de que tal fato tenha eficácia jurídica (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 80).

Quanto às espécies de ato jurídico, existem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Por ato jurídico *stricto sensu*, tem-se aquele ato em que a vontade manifestada apenas se limita à função de compor o suporte fático de determinada categoria jurídica, com efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas, não havendo variação de acordo com a vontade do interessado (BERNARDES DE MELLO, 1954, p. 2019). Em outras palavras, “a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenham querido ou não, as pessoas que os praticaram” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 84).

Finalmente, chegando ao epicentro da conceituação, essencial para este trabalho, negócio jurídico¹⁰⁴ é a espécie de fato jurídico que tem como cerne a autonomia da vontade, nas palavras de Pontes de Miranda (1954, p. 92):

¹⁰² Didaticamente, Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 198) esclareceu: “É evidente que a situação de fato criada pela conduta, comissiva ou omissiva, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de ato). Como a conduta que está Pa base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica a recebe como avolitiva, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não, vontade* em praticá-la.”

¹⁰³ Diferenciando *manifestar e declarar* vontade, Pontes de Miranda (1954, p. 81-82) esclareceu: “Declaração de vontade é espécie ou elemento de suporte fático, e não espécie de fato jurídico. Não é característica da declaração de vontade que dela emanem efeitos jurídicos; o que a pode caracterizar não é a finalidade ocasional, exatamente aquela que ela tem quando se destina a gerar negócio jurídico. A declaração de vontade, fazendo-se fato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico), já não é só a declaração de vontade, já não é apenas o suporte fático. A eficácia jurídica pode ser menos, ou ser mais, ou ser menos e mais, do que a eficácia jurídica que o declarante ‘queria’, ou a que destinava a sua declaração de vontade. Negócio jurídico é fato jurídico de que a declaração de vontade (ou manifestação de vontade, vê-lo-emos) foi suporte fático; mas também há atos jurídicos *stricto sensu* que provêm de declarações de vontade.”

¹⁰⁴ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 219): “Na espécie b, denominada *negócio jurídico* ou *ato negocial*, o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.” Em outra passagem, o mesmo autor esclareceu: “Em consequência desse voluntarismo (que revela intenso individualismo) – tão exagerado que se transformou em dogma –, a doutrina passou a ver no negócio jurídico um ato de autonomia da vontade – também dita autonomia privada –, em razão do que: (a) o negócio jurídico seria uma criação da vontade declarada das pessoas; mais

Negócio jurídico é o ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe deem eficácia jurídica. É pois definir b como a + d, isto é, falar-se de negócio jurídico, b, que é manifestação de vontade, a, com intuito de eficácia jurídica, d, omitindo-se a alusão à classe a que pertence b (atos humanos) e ao elemento, c, que o faz causa de efeitos jurídicos: a incidência da regra jurídica.

O conceito de fato jurídico é uma noção lógico-jurídica, portanto, será aplicável ao direito processual e ao direito processual civil, sendo possível conceber uma teoria dos fatos jurídicos processuais, com o intuito de sistematizar os fatos jurídicos ocorridos no âmbito processual (NOGUEIRA, 2020, p. 41), concebendo-os na teoria geral do processo (SARNO BRAGA, 2007, p. 8).

A conceituação de “ato jurídico processual” não é unânime na doutrina, valendo a citação do conceito proposto por Chiovenda (1936, p. 357):

Atto giuridico processuale. – Diconsi atti giuridici processual gli atti che hanno importanza giuridica rispetto al rapporto processuale, cioè gli atti che hanno per immediata conseguenza la *costituzione*, la *conservazione*, lo *svolgimento*, la *modificazione* o la *definizione* di un rapporto processuale. Essi possono essere dell’uno o dell’altro dei soggetti del rapporto processuale cioè: a) atti di parte, b) atti degli organi giurisdizionali¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

Enrico Tullio Liebman (2005, p. 286) definiu como ato processual uma declaração ou manifestação voluntária de pensamento, feita por um dos sujeitos do processo, enquadrada em uma das categorias de atos previstas na legislação processual, que tenha eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a relação processual.

Paula Sarno Braga (2007, p. 9) divide os fatos processuais em fato processual *stricto sensu*, ato-fato processual e ato processual em sentido amplo. O fato processual em sentido estrito seria aquele fato natural que, por sofrer incidência de uma regra processual, provoca consequências no processo (por exemplo, a morte da parte). Em outras palavras, o fato jurídico processual em sentido estrito seria aquele evento concebido como jurídico, em razão

ainda: a declaração da vontade negocial constituiria o próprio negócio jurídico; (b) os seus efeitos jurídicos seriam uma decorrência da vontade negocial” (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 235-236).

¹⁰⁵ Tradução livre feita pela autora: “Ato jurídico processual – Os atos jurídicos processuais são os atos que têm importância jurídica no que diz respeito à relação processual, ou seja, atos que têm como consequência imediata a constituição, conservação, desenvolvimento, modificação ou definição de uma relação processual. Podem ser de um ou outro dos sujeitos da relação processual, ou seja: a) atos da parte, b) atos dos órgãos judiciais.”

¹⁰⁶ Válida a seguinte observação, feita por Chiovenda (1936, p. 359): “Di fronte agli atti processual stanno i semplici fatti giuridici processual (morte della parte, morte del procuratore, perdita di capacità, cancellazione del procuratore dall’albo, decorso del tempo, distruzione di un documento, dichiarazione di guerra, ecc.)”. Tradução livre feita pela autora: “Diante dos atos processuais encontram-se os fatos jurídicos processuais simples (falecimento da parte, falecimento do procurador, perda de capacidade, cancelamento do procurador do registro, passagem do tempo, destruição de documento, declaração de guerra, etc.).”

da incidência de uma norma processual, podendo produzir efeitos no processo (CUNHA, 2017, p. 41).

O ato-fato processual é o ato humano “avolitivo” que causar mudanças no processo: “trata-se de fato produzido pelo homem, sendo que a norma processual considera irrelevante a vontade de gerá-lo, considerando, apenas o resultado fático promovido no feito” (SARNO BRAGA, 2007, p. 10). Nas palavras de Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 132): “os atos-fatos processuais são os fatos jurídicos que, apesar de produzidos por ação humana, a vontade de praticá-lo é desprezada pelo direito”¹⁰⁷. Abstrai-se, portanto, a vontade humana.

Por sua vez, o ato jurídico *stricto sensu* processual é aquele em que há exercício de vontade, mas sem escolha da categoria eficaz, sendo possível exemplificá-los: a citação, a intimação, a penhora, etc. (NOGUEIRA, 2020, p. 137) Ou seja, há a vontade de praticar o ato, mas os efeitos são prefixados (SARNO BRAGA, 2007, p. 11).

Paula Costa e Silva (2019, p. 161) definiu que “acto de processo seria todo o acto que integra a sequência destinada ao proferimento de uma decisão que ponha termo ao litígio”. Arruda Alvim (1971, p. 436) conceituou ato jurídico processual:

Parece-nos, entretanto, para bem se conceituar o ato processual, que à definição se deve acrescentar mais um elemento: consiste que o ato processual tem que ser necessariamente praticado *no processo*. (...) O que marca o ato processual, pois, é a sua ligação ao processo, e justamente o efeito que produzirá nos atos que se lhe seguirem, se for ato de constituição. Ao contrário, se for – exemplificativamente – ato de cessação da relação jurídica processual, será justamente o efeito que produzirá na relação jurídica processual e respectivas implicações no direito material.

Conforme mencionado anteriormente, os negócios jurídicos representam uma subdivisão dos atos jurídicos, de modo que os negócios jurídicos processuais também são uma subdivisão dos atos processuais. Na cartografia da negociação jurídica processual, deixa-se à próxima seção a incumbência de delimitar a longitude da viagem: os negócios jurídicos processuais e a cláusula geral de negociação atípica prevista pelo CPC.

¹⁰⁷ Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 133-134) exemplificou: “Certas figuras, como o recurso interposto pelo assistente simples na ausência de interposição de recurso pela parte, são satisfatoriamente explicadas a partir da noção de ato-fato jurídico processual. Segundo o art. 122 do CPC/2015, a intervenção do assistente não exclui do assistido o poder de desistir da demanda, reconhecer a procedência do pedido e (embora não esteja enunciado no dispositivo) desistir do recurso. (...) É posição corrente a de que a atuação do assistente simples é subordinada ao interesse do assistido. Por isso, não terá eficácia o que aquele fizer ‘em contraste com a vontade manifesta do assistido’. Contudo, se entendermos que a não-interposição do recurso é um simples ato-fato jurídico – para cuja prática a vontade, juridicamente falando, é irrelevante –, possível será concluir-se que a perda do prazo recursal não constitui exteriorização da vontade quanto à aceitação da decisão.”

3.1.2 A longitude: os negócios jurídicos processuais e a cláusula geral de negociação atípica

Dando continuidade à exposição feita no tópico anterior, este se destinará à abordagem dos negócios jurídicos processuais, incluindo-os no contexto legislativo brasileiro, que prassou por profundas modificações após a vigência do CPC/15, com o advento da cláusula geral de negociação atípica, prevista no art. 190 do Código.

Muito antes disso, na realidade, a possibilidade de celebrar acordos sobre a matéria litigiosa já era prevista na Lei das XII Tábuas (1.8.9), do antigo direito romano, conforme expôs José Rogério da Cruz e Tucci¹⁰⁸ (2010, p. 75). No século XIX, o conceito de acordo ou contrato processual foi trabalhado por Josef Kohler, intitulado “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, publicado em 1887, onde sustentou que a vontade das partes poderia produzir efeitos no processo, de modo que “contrato” seria uma categoria da teoria geral do direito, e não apenas do direito privado, conforme esclareceu Antonio do Passo Cabral (2020, p. 122).

Na linha do já mencionado no capítulo anterior, até meados do século XIX, o direito processual civil era considerado intimamente ligado ao direito civil e, com a publicação da obra de Oskar von Bülow (1868) sobre as exceções e os pressupostos processuais, foi fundada a escola publicista do processo. Seguindo o raciocínio de que a relação jurídica processual é pública por englobar Estado-juiz – e é isto o que a diferencia da relação de direito material –, Bülow sustentou que seriam inadmissíveis os acordos processuais, em razão da publicidade da relação jurídica processual, de modo que seria vedado às partes negociar sobre os poderes do Estado-juiz¹⁰⁹ (CABRAL, 2020, p. 123-124).

Nesse contexto, o processo foi forjado, então, sob o dogma da impossibilidade de negociação processual, reproduzida até os tempos hodiernos pela dogmática processual mais tradicional. Na processualística clássica italiana, muitos autores aderiram à tese de Bülow, a exemplo de Chiovenda, que admitia a existência dos negócios processuais, no entanto, sob

¹⁰⁸ Sobre a perspectiva histórica, é interessante observar as palavras de Cruz e Tucci (2010, p. 75): “No Digesto (2.4.22, Gaio, *libro primo ad legem duodecim tabularum*) lê-se: ‘Aquele que é chamado a juízo, de odis modos pode se desobrigar: ou alguém toma a sua defesa ou ele próprio faz um acordo enquanto vai a juízo’ (‘... *Et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit*’). Assim, a transação poderia ser consumada entre demandante e demandado a caminho (*dum*) do fórum, à distância do magistrado.”

¹⁰⁹ Sobre este ponto, Antonio do Passo Cabral (2020, p. 124): “Bülow voltou-se contra a ‘teoria da mutação’ (*Mutationstheorie*), segundo a qual as partes poderiam modificar, pela sua vontade, o direito positivo vigente. Para ele, seria impossível imaginar que houvesse um ato de vontade de um sujeito privado que mudasse regras processuais ou suspendesse a eficácia de normas cogentes. Os acordos processuais, fora do que fosse expressamente definido pela lei, significariam uma ofensa à moldura legal. Nessa linha, presumir-se-iam inválidas e ineficazes as convenções processuais.”

diversas restrições¹¹⁰, como, por exemplo, a restrição de que só existiriam negócios jurídicos processuais típicos¹¹¹ (CABRAL, 2020, p. 126).

Giuseppe Chiovenda (1936, p. 362) abordou o tema em suas *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, ao tratar dos “*negozi giuridici processuali*”, admitindo desde logo que a o assunto ainda não havia sido suficientemente desenvolvido:

Il concetto di negozio giuridico processuale è dei più discussi, essendovi atti di parte che taluni considerano come negozi giuridici processual, altri come prove o deduzioni (giurament, confessione). Vi sono però atti processual a cui indubbiamente può riconoscersi il carattere di negozi giuridici, poichè l'effetto ch'essi producono è connesso immediatamente dalla legge alla volontà unilaterali o bilaterali che la legge ammette nel processo come rivolte a costituire, modificare, estinguere diritti processual (rinunce, accettazioni di sentenza, ecc.). È questa una matéria che non ha avuto ancora una sufficiente elaborazione.¹¹²

Nota-se, portanto, que a percepção de Chiovenda sobre os negócios jurídicos processuais é intimamente relacionada com um hiperpublicismo, traço característico de como

¹¹⁰ Até aquele momento, Chiovenda (1936, p. 362) elencou as seguintes observações sobre o intuito: “a) che non ogni volta che l'accordo delle parti è presupposto del provvedimento del giudice può parlarsi di negozi giuridici processual (sopra num. 24 e 265, c). b) Che i negozi giuridici processual, quantunque abbiamo efficacia dispositiva, non cessano d'esser atti processual, e quindi regolati dalla legge processuale, quanto alla forma, alla capacità, ecc. E vice-versa, il fatto che per un atto processuale sieno richieste speciali condizioni di capacità (come per la confessione), non vuol dire che quell'atto sai per ciò solo un negozio giuridico: poichè la volontà há importanza anche in atti che non sono negozi giuridici, e la legge può richiedere speciali garanzie per un atto, in vista della gravità delle sue conseguenze di fatto. c) Che assegnando a un atto processuale il carattere di negozio giuridico, non si è detto ancora com ciò che il diritto riconosca alla volontà della parte la stessa importanza che può riconoscerle nel diritto privato. Poichè nel processo vi è sempre un elemento speciale da considerare; ed è la presenza dell'organo dello Stato, sull'attività del quale, sebbene estraneo al negozio, questo può spiegare una influenza più o meno diretta; ora è interesse pubblico dominante tutti l processo che l'attività dell'organo Stato sai certa e determinata ne' suoi risultati, e questo interesse potrebbe essere compromesso se in ogni caso si ammettesse che un difetto di volontà nel negozio, o il venir meno della causa di esso, potesse influire sui risultati della attività pubblica cui il negozio diè luogo”. Tradução livre feita pela autora: “a) que nem sempre que o acordo das partes coincida com a disposição do juiz, pode-se falar em negócios jurídicos processuais (acima dos números 24 e 265, c). b) Que os negócios jurídicos processuais, embora tenham efeito dispositivo, não deixem de ser atos processuais e, portanto, regulados pelo direito processual, em termos de forma, capacidade, etc. E vice-versa, o fato de serem exigidas condições especiais de capacidade para um ato processual (como a confissão), não significa que esse ato, portanto, só conheça um negócio jurídico: já que a vontade tem importância mesmo em atos que não o fazem. São negócios jurídicos, e a lei pode exigir garantias especiais para um ato, tendo em vista a gravidade de suas consequências de fato. c) Que ao atribuir a um ato processual o caráter de negócio jurídico, ainda não foi dito que a lei reconhece a vontade da parte tão importante quanto o faz no direito privado. Como sempre há um elemento especial a considerar no processo; e é a presença do órgão estatal, em cuja atividade, embora não relacionada com o negócio, isso pode explicar uma influência mais ou menos direta; ora, é o interesse público dominante em todo o processo que a atividade do órgão do Estado conhece como certo e determinado em seus resultados, e esse interesse poderia ser comprometido se em qualquer caso se admitisse que falta vontade no negócio, ou a falta de, por isso, pode afetar os resultados da atividade pública que diz direito ao negócio.”

¹¹¹ Previstos em lei.

¹¹² Tradução livre feita pela autora: “O conceito de negócio jurídico processual é um dos mais discutidos, pois existem atos que uns consideram como negócio jurídico processual, outros como provas ou deduções (juramento, confissão). No entanto, existem atos processuais que, sem dúvida, podem ser reconhecidos como negócios jurídicos, uma vez que o efeito que produzem é imediatamente vinculado pela lei à vontade unilateral ou bilateral que a lei admite no processo para estabelecer, modificar, extinguir direitos processuais (renúncia, aceitação de sentença, etc.). Essa é uma matéria que ainda não teve uma elaboração suficiente.”

os processualistas na Itália trataram o tema, valendo as palavras de Antonio do Passo Cabral (2020, p. 129): “forjou-se, assim, a tradição de que somos herdeiros e cujas premissas fomos ensinados: processo é direito público, infenso aos espaços de liberdade autorizados da disposição em razão da vontade privada”.

As discussões sobre os negócios jurídicos processuais perpassam pelo debate entre publicismo e privatismo, uma vez que dialoga com o caráter público do processo¹¹³ com a autonomia da vontade das partes, seguindo o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil¹¹⁴, pois “discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem” (DIDIER JR., 2017, p. 33).

É certo, no entanto, que houve uma virada de pensamento em relação ao tema, sendo esta uma experiência vivenciada pela Europa e que, invariavelmente, chegou ao Brasil. Loïc Cadet (2017, p. 78) explicou que o ar de novidade dado aos negócios processuais se deu, primeiramente, pela contratualização das relações contemporâneas na França e, em segundo lugar, da utilização dos acordos processuais como uma das respostas possíveis à crise da justiça, congestionamento dos tribunais e longa duração dos processos¹¹⁵.

¹¹³ Antonio do Passo Cabral (2020, p. 131) identificou algumas premissas sobre o publicismo processual, influenciadoras do pensamento e dos institutos processuais: “(a) o Estado almejaria implantar, pelo processo, *escopos públicos*, que se *sobrepõem* aos interesses privados das partes e que levariam à *aplicação imperativa da regra legislada*, considerada a lei a *única fonte da norma processual*; (b) a concepção de que as *normas processuais seriam todas de ordem pública*, e portanto *cogentes, estabelecidas no interesse público e inderrogáveis* pela vontade das partes; a vontade do litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal; (c) rejeição do processo como ‘coisa das partes’ e a *inflação dos poderes oficiosos do juiz*, inclusive e sobretudo na condução do procedimento; o Estado-juiz passou a ser personagem central da relação jurídica processual.”

¹¹⁴ Sobre o princípio, Fredie Didier Jr. (2017, p. 32): “O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécie).”

¹¹⁵ Neste ponto, Loïc Cadet (2017, p. 78-80) explicou: “Então, por que a questão parece ser nova? Essa aparente novidade me parece ter duas explicações. De um lado, desde um ponto de vista geral, essas convenções relativas ao processo inserem-se em uma tendência muito clara, na França, à contratualização contemporânea das relações sociais, ligada ao declínio do centralismo do Estado e de seu corolário na ordem de produção normativa, o legicentrismo. Esse fenômeno, que eclodiu nos anos 1960, foi objeto de nobres estudos doutrinários, os quais são de grande importância independentemente da variedade de posições que exprimem favoráveis ou desfavoráveis. Já há 15 anos que a reflexão sobre a contratualização da justiça, do processo ou, de maneira mais geral, dos modos de regramento de litígios, participa desse movimento, que traduz a emergência de uma ordem jurídica de negociação entre os atores sociais ao lado de uma ordem jurídica imposta pelo Estado, o que identificamos hoje por referência ao conceito de pós-modernidade. Isso tem a ver com a ascensão da lógica gerencial dentro do Judiciário, sob a influência da ideologia liberal, que nos leva a pensar a justiça de acordo com o modelo competitivo/concorrencial, o qual pode ser chamado de “mercantilização” da Justiça. De outro lado, partindo de um ponto de vista mais particular, a renovação atual nos conduz a uma nova utilização da técnica contratual como uma das respostas possíveis à crise da justiça, ao congestionamento dos tribunais e à longa duração dos processos. Ao lado do uso tradicional, como instrumento da solução do litígio, que o direito contemporâneo tem favorecido fortemente mediante os modos alternativos de solução de conflitos, especialmente perante a conciliação e a mediação, das quais não falarei aqui porque esse aspecto da contratualização já é bem conhecido, a técnica contratual desenvolve-se em duas direções mais novas: primeiro, no âmbito do litígio, as partes recorrem mais e mais à convenção como um instrumento de antecipação

Também no sentido de aerar o pensamento sobre as convenções processuais na Itália, Remo Caponi (2017, p. 253) expôs:

Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella própria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente univerzzabili, come quello che può scaturire da um esercizio equilibrato del potere di altonomia (individuale o collettiva), l'arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole.¹¹⁶¹¹⁷

Antonio do Passo Cabral (2020, P. 151-152) ressaltou a celebração dos *protocolli di procedura*, que são documentos assinados entre o presidente de uma corte e o presidente da ordem dos advogados, podendo prever deveres processuais não legais, mas convencionais. Além disso, foi introduzida a figura do calendário processual no art. 81-bis do *Codice* italiano.

Claramente, o Brasil não passaria ileso às influências da doutrina estrangeira, de modo que a flexibilização procedimental demonstrou ser não apenas uma tendência, como uma necessidade. Ainda sob a vigência do CPC/73, Fernando Gajardoni (2008, p. 84-85) observou que “pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material por força de disposição legal”, no entanto, reconheceu a necessidade de flexibilização procedimental, desde que balizada por alguns critérios, como a finalidade, o contraditório útil e a motivação¹¹⁸.

Barbosa Moreira (1984) analisou as convenções das partes em matéria processual, delineando o regime jurídico aplicável. Ou seja, a licitude e possibilidade do objeto, previsões

convencional de regramento de seus conflitos (I); caso contrário, uma vez já surgido o litígio, as referências ao contrato ocorrem no próprio seio da instituição judiciária como uma forma de gestão do processo (II).”

¹¹⁶ Tradução livre feita pela autora: “Em vez disso, deve-se reconhecer que o sistema regulatório procedimental não está fechado em sua própria autorreferencialidade normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circundante. E se se trata de um ambiente rico em motivos potencialmente universais, como o que pode surgir de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletivo), o enriquecimento do sistema processual só pode ser significativo.”

¹¹⁷ Concluiu o autor (CAPONI, 2017, p. 253): “In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in um contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l'interprete teórico e l'operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell'esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processual, all'interno di um sistema legale che è come um «polmone aperto sull'esperienza». Tradução livre feita pela autora: “Em suma, o princípio da legalidade da disciplina processual é reafirmado em um contexto cultural que mudou profundamente a partir do século XIX. Um contexto em que o intérprete teórico e o operador prático do direito se libertaram definitivamente dos panos mesquinhos do exegeta, para assumir os do coprodutor e intermediário do sentido das normas processuais, dentro de um ordenamento jurídico semelhante a um «pulmão aberto à experiência»”.

¹¹⁸ Reconhecendo a necessidade de flexibilização do sistema processual civil, Fernando Gajardoni (2008, p. 86): “Não se nega que certo rigor formal ‘é a espinha dorsal do processo’, e que ‘seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos’. O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, consequentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual”. Neste trecho, o autor faz referência à adequação procedimental por iniciativa do juiz, é necessário, contudo, observar que este trabalho parte da iniciativa das partes em modificar o procedimento, a partir da realização de negócios jurídicos processuais.

civilistas, também são necessárias no ordenamento processual¹¹⁹. É possível pensar, também, na nulidade e anulabilidade das convenções processuais, sendo a disciplina básica da matéria, para Barbosa Moreira, a mesma aplicável à anulação de atos “judiciais”. Por fim, quanto aos efeitos, existem efeitos extraprocessuais e efeitos processuais – sendo estes últimos os mais importantes¹²⁰, logicamente.

Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 38), em seus ensaios sobre a processualidade, também reconheceu a necessidade de flexibilização e adaptação do procedimento, inclusive com a possibilidade de diálogo entre os procedimentos (procedimento comum e especiais¹²¹), com as mudanças trazidas pelo CPC/15 como representantes da abertura e adaptabilidade do procedimento brasileiro.

Nesse sentido, na doutrina nacional, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira (2013, p. 58), ao abordar a teoria dos fatos jurídicos processuais, conceituaram negócio jurídico processual como:

(...) o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação. Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura “neoprivatista” (...).

¹¹⁹ Para Barbosa Moreira (1984, p. 4): “Não podem os atos processuais, em regra, ser praticados sob condição ou a termo: isso atentaria contra a exigência de certeza e segurança no desenvolvimento do processo. Afirma a doutrina que as convenções das partes escapam a semelhante restrição. Ao nosso ver, a lição tem de ser recebida com o clássico grão de sal: ao menos com referência a certas convenções que influem diretamente na marcha do feito, os inconvenientes poderiam ser tão graves quanto se reconhece que são nos outros atos das partes.

¹²⁰ Sobre os efeitos processuais das convenções processuais, expôs Barbosa Moreira (1984, p. 5): “Bem mais importantes são os efeitos dispositivos, que se produzem sempre diretamente no processo. A eficácia é, em regra, imediata, independente de homologação da convenção pelo juiz. Ainda a considerar-se limitado aos “atos processuais em sentido estrito” o âmbito da incidência direta do art. 158 do CPC (‘os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais’), o qual destarte não abrangeria as convenções celebradas em sede extrajudicial, inexistente razão para que estas se submetam, no particular, a regime diverso. Assim, diante de convenção que distribua o ônus probandi de modo diferente do previsto no art. 333, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide. Não há necessidade de pronunciamento homologatório, salvo disposição legal em contrário: art. 677, §2º, fine, do estatuto processual. O juiz conhece ex officio da convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento a alegação, conforme se dá no que respeita ao compromisso (art. 267, §3º, a contrário sensu, e 301, §4º).”

¹²¹ O que também é defendido por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, em “Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas”, cuja 2ª edição foi publicada em 2021.

Por sua vez, Antonio do Passo Cabral (2020, p. 85) definiu a convenção processual como:

(...) negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

Em que pese o tema não ser, por si só, uma novidade¹²², é inegável que a cláusula geral de convencionalidade atípica disposta no art. 190 do CPC trouxe novos ares ao direito processual civil brasileiro, prestigiando o autorregramento da vontade das partes¹²³ e a sua participação no processo, desestabilizando a tradicional pirâmide que localizava o juiz em patamar acima das partes e colocava-o como “o senhor do processo”, e situando os agentes processuais em posição cooperativa¹²⁴.

Vale ressaltar o que sustentou Rosalina Pinto Costa acerca do modelo de processo cooperativo como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, no trecho a seguir: “somente diferentes formas procedimentais podem atingir os escopos particularmente perseguidos, pois é evidente que um único procedimento não vai conseguir atender a todas as situações de direito material” (COSTA, 2018, p. 144).

¹²² Uma vez que havia previsão de figuras negociais típicas, inclusive, sob a vigência do CPC/39, como a transação (art. 206), desistência da demanda (art. 206), a revogação do recurso por substituição (art. 809), a suspensão da instância por convenção das partes (NOGUEIRA, 2020, p. 161).

¹²³ Sobre o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, destaca-se trecho dos pensamentos de Fredie Didier Jr. (2017, p. 32-33): “O Direito Processual Civil, embora ramo o Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por essa dimensão da liberdade. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. (...) O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira”.

¹²⁴ Acerca da postura do julgador diante do processo, José Joaquim Calmon de Passos (2016, p. 33), em texto intitulado “O magistrado, protagonista do processo jurisdicional”, destacou: “Esse complexo de fatores me leva a concluir que os poderes do juiz no processo devem ser definidos em função do que o sistema institucionalizado pretende alcançar em termos do que denominamos de ‘ordem’: adequação entre o comportamento individual e o que foi colocado como limites ou diretivas para ele por normas impositivas que definem, com precedência (democracia) ou até mesmo sem esta exigência (autocracia) o que é devido ou proibido no caso concreto. E isso pelo motivo óbvio de que o papel do magistrado atende ao que o ‘senhor’ lhe traçou como objetivo. Se este senhor é Id Amim Dada, o julgador é uma extensão ou será esmagado com a mesma impiedade com que ele esmaga os que lhe estão submissos. Se o senhor é ‘o povo soberano’, este soberano só pode expressar sua vontade através de normas de caráter geral, produzidas por quem previamente legitimado e pelo procedimento previamente estipulado no pacto político fundamental – chamado de Constituição – um inevitável recurso de congelar, no tempo, uma soberania que, se realmente existisse, deveria estar sendo exercitada permanentemente.” Válido ressaltar que o Código vigente, promulgado pelo senhor ‘o povo soberano’, traça um panorama de processo cooperativo e flexibilização procedimental, justamente permitindo uma reinterpretção do papel exercido pelo juiz no processo, retirando-o do papel de protagonista absoluto e garantindo às partes e aos sujeitos processuais a devida participação na construção do enredo processual.

O novo modelo de processo visa que as partes tenham a capacidade de convencionar entre si, cooperando umas com as outras, o que pode ocorrer por meio das convenções processuais, as quais podem ser típicas – previstas expressamente na legislação – ou atípicas. Dessa maneira, a moldura para o autorregramento da vontade no processo é o conjunto de normas processuais e, dentro dessa moldura, os agentes processuais têm a possibilidade de negociar sobre o procedimento.

A flexibilização procedimental, portanto, não se expressa apenas na gestão de caso pelo juiz, como, também, na flexibilização voluntária oriunda da vontade das partes, adaptando o procedimento para as peculiaridades do caso concreto (ZUFELATO, 2016, p. 255). A flexibilização acarreta uma “alteração na forma pela qual o processo é abstratamente concebido, desformalizando-se em nome da tutela processual adequada” (ZUFELATO, 2016, p. 249).

No ensejo, a flexibilidade procedimental se revela, para Paolo Biavati (2016, p. 226), “como um modo de ser da norma, que a torna a mais adaptável possível ao caso concreto e que permite, portanto, a maior aproximação possível da norma abstrata à exigência do caso concreto, do processo real”.

Falar de flexibilização procedimental perpassa, necessariamente, pelo modelo cooperativo de processo, positivado na norma fundamental disposta no art. 6º do CPC. Daniel Mitidiero (2019, p. 69), ao abordar a colaboração¹²⁵ como modelo e princípio no processo civil faz referência à posição do juiz, enquanto dirigente do processo, fazendo-o de forma isonômica e cooperando com as partes, seguindo os deveres de *esclarecimento*, *prevenção*, *debate* e *auxílio* em relação às partes. Nessa toada, argumenta o mencionado autor (MITIDIERO, 2019, p. 71):

O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si.

No entanto, diverge-se de tal posicionamento, uma vez que, embora dissonantes os interesses, é possível visualizar ocasiões em que as partes colaborem entre si, inclusive, para alcançar os próprios interesses, ainda que antagônicos. Sobre este ponto, ao trabalhar a

¹²⁵ O autor utiliza o termo “colaboração”, diferenciando-se da maior parte da literatura, que costuma usar o termo “cooperação” (MITIDIERO, 2019).

lealdade processual, Rafael Auilo (2017, p. 60) argumentou que “ao invés de se exigir ingenuamente que uma parte ofereça argumentos em benefício da outra parte, busca-se evitar que a vitória advenha de malícia, fraudes, espertezas, dolo, improbidade (...)”.

O argumento acima recebe reforço inclusive porque o art. 6º do CPC determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”, entendendo-se, portanto, que as partes, os terceiros e o próprio juiz devem atuar coadunando com a dinâmica cooperativa. A própria lógica da flexibilização procedimental reflete a necessidade de cooperar¹²⁶ para ajustar o procedimento à luz das necessidades concretas, desaguando na possibilidade de arranjo do procedimento a partir da celebração de negócios jurídicos processuais. A cooperação é decorrente da boa-fé, disposta no art. 5º do Código¹²⁷, de tal forma que o conjunto desses dispositivos remete ao dever de cooperação pautada na boa-fé e lealdade processuais¹²⁸.

É nesse sentido que, ao tratar da liberdade das partes, é preciso passar pelo respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil, tema sobre o qual Fredie Didier Jr. ressaltou as novidades implícitas no CPC que alteram o sistema e seus fundamentos, ressaltando que o direito processual civil é regido pelo conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade, insito no direito ao autorregramento da vontade no processo, sustentando que o devido processo é aquele em que não há limite injustificado ao exercício da liberdade (DIDIER JR., 2017, p. 32-33).

Antes de chegar ao art. 190 do CPC propriamente dito, é necessário percorrer o caminho que passa pela definição e abordagem das cláusulas gerais. Alberto Gosson Jorge Jr. (2004, p. 11), ao elucidar a função desempenhada pelas cláusulas gerais no sistema jurídico, destacou que é possível que as visões do papel do jurista na sociedade dependam de duas situações: se o jurista atua em um regime institucional fechado, formado por um corpo rígido de normas previamente determinadas e cuja interpretação é resumida a uma exegese; ou se o jurista atua em um sistema entendido como aberto, cujas regras demonstram estágio de

¹²⁶ Sobre esse ponto, vale a menção de trecho das palavras de Rafael Auilo (2017, p. 61): “O processo como verdadeira representação microscópica do regime político da democracia é construído sobre um plano de busca de equilíbrio entre a liberdade de cada uma das partes e o interesse público pelo correto exercício da jurisdição. Nesse esteio, exigências éticas do sistema (que no fim buscam a própria concepção de justiça processual) acabam por resumir no princípio da lealdade processual”.

¹²⁷ Redação do art. 5º do CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹²⁸ Acerca do princípio da cooperação e do modelo colaborativo de processo, Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 115) sustentou: “O princípio da boa-fé impõe deveres a serem cumpridos pelos sujeitos do processo, entre os quais se incluem os deveres de cooperação. As partes devem, então, cooperar para que sejam observadas as garantias fundamentais do processo (com o que se terá uma decisão justa); não devem provocar dilações indevidas, atuando com boa-fé e com lealdade para que o processo tenha uma duração razoável e seja efetivo, conferindo solução adequada à disputa. As partes, o juiz (CPC, art. 139, II), os intervenientes, os auxiliares da justiça, enfim, todos devem cooperar entre si para que o processo realize sua função em prazo razoável.”

fluidez, possibilitando o papel inovador do jurista, chamado a colaborar com o legislador e com o juiz, em um contexto no qual as fontes formais e materiais não estão estabelecidas de forma rígida. Para tanto, válida a citação do autor (JORGE JUNIOR, 2004, p. 11-12):

Ora, se visualizamos o ordenamento jurídico sob uma ótica *funcional*, dotado de *fins* perseguidos pelo Estado, em meio a uma sociedade em transformação, encontraremos o ambiente propício para a inserção de cláusulas gerais de modo a dotar o sistema jurídico da mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes.

Marcia de Oliveira Ferreira Aparício (2006, p. 18-19) define que o modelo de cláusula geral não traça pontualmente a *fattispecie* e suas consequências, desenhando-se, de forma intencional, como uma moldura fluida e que permite, pela abrangência de sua forma, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta, sustentando que as cláusulas gerais “são afrouxamentos planejados da vinculação legal, para efeitos de ajustamento da decisão às circunstâncias particulares do caso concreto”.

Também em relação à função de uma cláusula geral, merecem destaque as palavras de Judith Martins-Costa (2018, p. 174) acerca do tema:

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no *corpus* legislativo de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a «adequação valorativa» do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização).

Após o ponto de partida da classificação do instituto da cláusula geral, chega-se à temática da abertura proporcionada pela cláusula geral disposta no art. 190 do CPC, é possível vislumbrar a possibilidade de negociação atípica em sentido lato, de tal forma que, segundo Bruno Garcia Redondo (2016, p. 396), o Código não apenas consagrou uma cláusula geral que concede mobilidade ao sistema, mas consagrou, também, um novo princípio, denominado princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo, representando um rompimento radical¹²⁹ com o CPC/73.

¹²⁹ Conforme mencionado outrora, antes mesmo da vigência do atual CPC, Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 215) defendeu que: “Não me parece que o extremismo de parte da doutrina pátria na manifestação pela cogência das regras procedimentais seja compatível com o ideário instrumentalista e com os escopos do processo, tampouco com o princípio da liberdade, que é base de nosso sistema constitucional. Se por um lado, como regra, as normas processuais no todo (incluídas as procedimentais) são de ordem pública e, como tal, de observância obrigatória por todos os atores processuais – com o que não discordamos em princípio –, por outro, inúmeras situações ligadas ao direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo, devem permitir a eleição do procedimento, inclusive pelas próprias partes”.

Isto é, além de aumentar o rol de possibilidades de negociação processual típica e positivar a cláusula geral de convencionalidade atípica, o CPC vigente é baseado em premissas profundamente distintas das imperativas do CPC/73, tomando como norte a nítida ampliação dos poderes das partes e a preponderância de sua vontade sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais (REDONDO, 2016, p. 397).

As partes passaram de meros coadjuvantes a protagonistas da condução de seus próprios processos. Obviamente, tal protagonismo não é ilimitado à narrativa que estiver ao bel prazer das partes, de tal forma que a nova ótica dada à negociação processual não só merece, como necessita de balizas¹³⁰.

Diante da expansão das possibilidades de negociação processual, a cláusula geral de negociação atípica empodera as partes e autoriza que a sua vontade convencional seja fonte de juridicidade, caindo por terra o debate sobre a (im)possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais (CABRAL, 2020, *passim*) e, mais que isso, rompendo com paradigmas supostamente estabilizados na cultura processual, diante da busca pela maximização da qualidade e eficiência da tutela jurisdicional¹³¹ (CAMBI; NEVES, 2016, p. 619).

A flexibilização procedimental pode ser extremamente valiosa para o processo, embora não haja liberdade irrestrita para convencionar, o que teria como produto uma “anarquia procedimental”¹³², isto é, um procedimento que não possui base normativa mínima

¹³⁰ A esse respeito, lecionou Bruno Garcia Redondo (2016, p. 398): “A identificação sobre a licitude de cada possível objeto de negócio jurídico processual exige reflexão aprofundada, amadurecimento do tema, diálogo doutrinário e maior pesquisa pelos processualistas brasileiros. Essa é uma das importantes missões que os Professores de Direito Processual e os operadores do Direito (advogados, juízes, promotores, etc.) terão ao longo dos próximos anos. Se, por um lado, ainda não há como se ter, no presente momento, consenso da comunidade jurídica sobre detalhes precisos e específicos de cada negócio processual atípico em espécie, por outro lado já é possível se ter certeza quanto a um aspecto fundamental: a necessidade de mudança, urgente e profunda, de paradigmas, principalmente nesse especial momento de transição do Código de 1973 para o Código de 2015”.

¹³¹ A cláusula geral de convencionalidade atípica é uma porta de entrada para que convenções processuais adstritas à realidade fática do caso concreto sejam celebradas, de tal forma que o procedimento seja adaptado às peculiaridades da causa, o que é uma atividade nitidamente diversa da realizada pelo Poder Legislativo ao buscar adequar abstratamente, por exemplo, as legislações acerca de procedimentos especiais (CAMBI; NEVES, 2016, p. 621).

¹³² Ao abordar as cláusulas gerais, Julio Guilherme Müller (2017, p. 97) destacou que as cláusulas gerais “dão uma abertura semântica que leva à edição de novas normas a cada ato de interpretação e concreção pelo juiz, razão pela qual essas normas não têm aptidão de cobrir abstratamente a plenitude dos problemas da realidade. (...) Como nas cláusulas gerais não há previsão de tudo aquilo que pode ser construído juridicamente a partir de sua incidência, admite-se que, a cada caso concreto, haja uma interpretação, aplicação e solução distinta, de acordo com o contexto de cada caso, o que gera certo grau de incerteza.” O mesmo autor sustenta que a cláusula geral é técnica legislativa que confere abertura ao sistema jurídico, sendo importante para compor soluções às necessidades da vida contemporânea, deveras dinâmicas.

para “assegurar o conhecimento prévio das regras do jogo”¹³³ (CAMBI; NEVES, 2016, p. 621).

A possibilidade de negociação processual nada mais é do que uma coroação do dever de cooperação processual no CPC. Claramente, tal cooperação – e, por conseguinte, negociação processual – não pressupõe a tentativa de atribuir à efetividade do processo valor absoluto, tentativa esta segundo a qual nenhum preço seria exorbitante para garantir o acesso a uma determinada meta.

Segundo Barbosa Moreira (1995, p. 3), a valorização absoluta da efetividade seria “esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro”. É cediço, portanto, que, embora a cooperação seja inerente aos ditames do CPC, a negociação processual não deve ocorrer sem rédeas¹³⁴.

O raciocínio que vem sendo desenvolvido acerca da flexibilização procedimental e modelo de processo cooperativo visa atender ao princípio da adequação, decorrente das garantias constitucionais do devido processo de direito, do acesso à justiça e da tempestividade da tutela jurisdicional – positivados no art. 5º, respectivamente, nos incisos LIV, XXXV, LXXVIII da Constituição da República. O princípio da adequação impõe a exigência de que os procedimentos sejam os mais adequados possíveis às peculiaridades da causa, necessidades de direito material, pessoas dos litigantes, a fim de que a prestação jurisdicional seja eficiente e a tutela jurisdicional possa ser realmente efetiva (REDONDO, 2016, p. 394).

Diante do cenário narrado, a doutrina processual passou a se debruçar com veemência sobre os negócios processuais, com produção acadêmica densa e digna de registro. Foram ventiladas diversas possibilidades de negócios jurídicos processuais, em todas as fases do procedimento, seja ele comum ou especiais. Por exemplo, a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos na etapa executiva, com textos escritos por Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral (2018, p. 63), Pedro Henrique Nogueira (2018), Sofia

¹³³ Ainda sobre as benesses da adequação do procedimento: “A adequação do rito procedimental às necessidades da demanda acarreta economia de tempo e, conseqüente e possivelmente, o alcance da duração razoável duração do processo” (CAMBI; NEVES, 2016, p. 629).

¹³⁴ Vale destacar que, de acordo com Hermes Zaneti Jr. (2018, p. 153), a mudança proposta pelo CPC não é pacífica na doutrina e mudar uma cultura não é fácil ou simples. O referido autor demonstra, ao falar sobre o princípio da cooperação, que o CPC não apenas estabelece um princípio geral de cooperação para o juiz e partes e todos aqueles que atuam no processo de alguma forma, como também irradia este princípio em subprincípios e regras que podem ser identificados em inúmeros dispositivos no Código.

Temer e Juliana Melazzi (2017, p. 551), Fredie Didier Jr. e Lucas Buriel de Macêdo¹³⁵ (2020, p. 495), Estefânia Côrtes (2020, p. 541) e, por fim, Juliana Melazzi (2020, p. 569), este último sobre negócios processuais na execução fiscal.

Não passaram despercebidos, também, os estudos feitos sobre os negócios jurídicos no âmbito do processo penal, a exemplo da tese de láurea de Catharina Peçanha Martins Orosó (2017) e artigo de Renata Cortez Vieira Peixoto (2017, p. 461). Acerca das convenções processuais sobre matéria probatória, imprescindível citar a tese de doutorado de Robson Renault Godinho (2015), a dissertação de mestrado de Behlua Mafessoni (2021), a tese de Julio Guilherme Müller (2017), artigos de Mariana Ferradeira (2017, p. 387) e Gisele Santos Fernandes Góes (2017, p. 203).

Sobre convenções processuais e o poder público, merece atenção a tese de doutorado de Lorena Miranda Santos Barreiros (2016) e o artigo de Murilo Teixeira Avelino (2020), além da tese de doutorado de Janaina Soares Noleto Castelo Branco (2018), sobre a advocacia pública e a solução consensual de conflitos, que aborda, também, os negócios jurídicos processuais.

Conclui-se que a flexibilização procedimental representa a possibilidade de uma releitura da legitimidade, tanto na esfera individual, quanto coletiva. Conforme outrora mencionado, a cláusula geral disposta no art. 190 do CPC é, indubitavelmente, um dos temas que têm protagonizado as mais diversas discussões acadêmicas, não apenas por trazer em seu bojo a possibilidade da negociação processual atípica, mas, também, por ser corolária de diversas normas fundamentais processuais, dentre elas, a cooperação e a eficiência, dispostas nos arts. 6º e 8º do CPC, o que, dentre outras coisas, levou Flavio Luiz Yarshell (2017, p. 75-92) a questionar se o processo civil brasileiro estaria rumando a uma nova era.

Dessa forma, após a explanação acerca de como o modelo cooperativo de processo e a tônica da flexibilização procedimental representam claro incentivo à negociação processual, bem como que o tema é relevante academicamente, com produção profícua e densa, parte-se à análise do negócio jurídico processual atípico objeto deste trabalho: a legitimidade extraordinária negocial, no âmbito, ainda, da tutela individual.

¹³⁵ Este, inclusive, sendo um exemplo de negócio jurídico processual sobre legitimidade, em artigo intitulado: “Alienação (judicial ou extrajudicial) de bem por sociedade diferente da credora que compõe grupo societário: um bom exemplo de negócio jurídico executivo sobre legitimidade”.

3.2 A altitude: a legitimidade extraordinária negocial do ponto de vista da tutela individual

Diante da abertura semântica da cláusula geral¹³⁶ de negociação atípica, a doutrina¹³⁷ tem questionado a possibilidade de realização de negócio jurídico processual para a atribuição de legitimação extraordinária, ao cumular o art. 190 com o art. 18 do CPC¹³⁸, o qual dispõe que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo *ordenamento jurídico*”.

Conforme exposto anteriormente, há legitimação extraordinária autônoma quando ao legitimado extraordinário é possibilitada a condução independente do processo, não havendo a necessidade de participação do titular do direito litigioso (DIDIER JR., 2016, p. 242). O legitimado extraordinário é, portanto, parte.

A legitimação extraordinária, de acordo com o CPC, ocorrerá quando houver autorização do *ordenamento jurídico*. Existem diversos exemplos de legitimação extraordinária decorrente da lei, como ocorre no típico exemplo das ações coletivas, cuja disposição se encontra no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC, não se esgotando neste exemplo, contudo, os casos de legitimação extraordinária prevista em lei¹³⁹.

¹³⁶ Acerca das cláusulas gerais, vale mencionar a sua função no sistema jurídico. Ao abordar o papel do jurista na sociedade, em um sistema caracterizado como aberto, Alberto Gosson Jorge Jr. (2004, p. 11) sustentou que: “ou, ao contrário, se o sistema se caracteriza como *aberto* – onde a maior parte das regras encontram-se em estado fluido, propiciando o papel inovador do jurista que é chamado a colaborar com o legislador e o juiz, e onde as fontes formais e materiais não estão rigidamente demarcadas. (...) Ora, se visualizamos o ordenamento jurídico sob uma ótica *funcional*, dotado de *fins* perseguidos pelo Estado, em meio a uma sociedade em transformação, encontraremos o ambiente propício para a inserção de cláusulas gerais de modo a dotar o sistema jurídico da mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes.” Sabendo que as cláusulas gerais têm a função de dar abertura, mobilidade e ressystematização aos institutos, à doutrina cabe preencher seu significado e alcance, buscando dar balizas às cláusulas gerais, nas palavras de Judith Martins-Costa (2018, p. 189): “E cabe-lhe, igualmente, oferecer modelos hermenêuticos a partir da «elaboração racional» é dizer, sobre a construção a partir de elementos oferecidos pelo próprio sistema; ordenando – «colocando em ordem» – as multifárias e muitas vezes desordenadas soluções judiciais, colaborando para com a estabilidade e a certeza jurídica; fundamentar, por meio de elaboração teórica, a solução encontrada topicamente; criticar, quando necessário, a decisão que se mostra estranha ao sistema ou não estampa a necessária ligação entre os elementos de fato e os demais elementos normativos acaso incidentes ao caso, e o reenvio determinado pela cláusula geral.”

¹³⁷ Valendo destaque, sobre esta temática, os artigos de Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim. Inclusive, antes mesmo da vigência do Código de 2015, Fredie Didier Jr. publicou artigo defendendo a possibilidade da legitimação extraordinária negocial, no volume 232/2014 da Revista de Processo. Necessário ressaltar, também, o texto de Renato Resende Beneduzi, intitulado “Legitimidade extraordinária convencional” e publicado em 2014, na Revista Brasileira de Direito Processual (nº 88). Mais recentemente, o texto de Pedro Henrique Nogueira sobre a temática, publicado no volume 319/2021 da Revista de Processo.

¹³⁸ Redação do art. 18 do CPC: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

¹³⁹ Fredie Didier Jr. (2016, p. 243) elenca, ainda, as seguintes hipóteses de previsão legal para a legitimação extraordinária: “ii) legitimação para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, CF/1988); iii) legitimação para impetração do mandado de segurança do terceiro titular de direito líquido e

O art. 6º do CPC/73 dispunha que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por *lei*”, sendo majoritário naquele contexto o entendimento pela inadmissão de negócio processual para atribuição de legitimação extraordinária, tendo em vista que o art. 6º do CPC/73 atribuía à lei, expressa e unicamente, a fonte normativa de legitimação extraordinária (DIDIER JR., 2016, p. 243).

É válido mencionar que sob a vigência do Código de 1939, Arruda Alvim (1971, p. 502) defendeu que “pode a substituição ter origem na vontade das partes e, por isso, se diz voluntária”¹⁴⁰. Após a entrada em vigor do CPC de 1973, o autor mudou seu posicionamento e sustentou que o art. 6º do CPC/73 proibia a substituição processual voluntária, a qual seria “aquela que decorreria de convergência de vontade entre o substituído e o substituto, redutível a um negócio jurídico e a essa finalidade circunscrito” (ARRUDA ALVIM, 2002, p. 2).

Também pontuando a mudança de entendimento, Ephraim Campos (1985, p. 72) sustentou que deveria ser afastada a ideia de substituição processual voluntária, embora fosse admitida por alguns na vigência do CPC/39, quando era admitida a substituição processual, ainda que não prevista em lei, mas quando defluísse do sistema. No entanto, sob a vigência do CPC/73 o autor afirmou ser impossível a substituição processual voluntária, em razão da redação do art. 6º do Código.

É notável a mudança da redação do art. 6º do CPC/73 para o art. 18 do CPC/15, havendo a troca do termo “lei” pelo termo “ordenamento jurídico” – não por acaso: a legitimação extraordinária deve estar autorizada em norma do *ordenamento jurídico*.

Logo, a cláusula geral do art. 190 do CPC possibilita a realização de negócio jurídico processual atípico para atribuição de legitimidade extraordinária, tendo em vista que negócio jurídico é fonte de norma jurídica e, por essa razão, compõe o ordenamento jurídico, podendo ser, portanto, fonte normativa para a legitimação extraordinária (DIDIER JR., 2016, p. 243).

certo que depende do exercício do direito por outrem (art. 3º, Lei n. 12.016/2009); iv) legitimação do denunciado à lide para defender os interesses do denunciante em relação ao adversário comum (arts. 127-128, CPC); v) legitimação do Ministério Público para ajuizamento de ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º, Lei n. 8.560/1992); vi) legitimação do capitão do navio para pedir arresto, para garantir pagamento do frete (art. 527 do Código Comercial); vii) legitimação do credor e do Ministério Público para propor ação revocatória falimentar – substituem a massa falida (art. 132 da Lei n. 11.101/2005); viii) legitimação para impetração do *habeas corpus* (art. 654 do Código de Processo Penal); ix) legitimação do representante da entidade onde está abrigado o interditando para a ação de interdição (art. 746, III, CPC); ix) credor solidário para a ação de cobrança ou de execução da obrigação solidária (art. 267 do Código Civil) etc.”

¹⁴⁰ É interessante observar que o autor, ao exemplificar a substituição processual voluntária, sustentou que o marido poderia agir sozinho em juízo em demanda versando sobre os bens do casal, nos casos em que a esposa não autorizasse a atuação, podendo “o marido suprir a autorização que deveria ter sido dada pela mulher”. Pelo exemplo, o marido substituiria voluntariamente a mulher, mesmo contra a sua vontade. Não é preciso mencionar que o escrito se refere ao CPC de 1939, vigente sob contexto absolutamente diverso do atual, mas é essencial pontuar a necessidade de constante observação da igualdade de gênero no ordenamento jurídico, inclusive no direito processual.

Sobre esta questão, Daniela Santos Bomfim (2017, p. 130), para além das discussões dogmáticas de redação de artigos, argumenta que a mudança redacional acerca da legitimação extraordinária deve ser interpretada em consonância com um Código que consagra a negociação processual atípica, coroada pela existência de uma cláusula geral.

Ao abordar as cláusulas gerais, demonstrou-se que sua função é auxiliar na mobilidade do sistema jurídico, possibilitando o ingresso no *corpus* legislativo de princípios e máximas de conduta, por exemplo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 174). Portanto, sabendo da função da cláusula geral e do contexto em que o art. 190 está inserido no CPC, é possível reconhecer que a mobilidade propiciada pela cláusula geral acomoda no sistema a possibilidade de negociação processual para atribuição de legitimidade extraordinária, de modo a conectar dialeticamente alguns dos demais itens que formam a coluna cervical do CPC/15: autorregramento da vontade no processo, cooperação, boa-fé e eficiência.

Assim, diante do direito à liberdade, em cujo conteúdo eficaz está o direito ao autorregramento (DIDIER JR., 2017, p. 32), o CPC permite expressamente o exercício deste, de maneira atípica, em razão da possibilidade de escolha de categorias eficazes processuais. Entrementes, inexistente proibição ao exercício dele para a escolha da legitimidade extraordinária, o que reforça, assim, a sua possibilidade (BOMFIM, 2017, p. 131).

É necessário ressaltar, em nome da boa técnica, que tal posicionamento não é unânime. Zulmar Duarte (2019, p. 136) entende que o Código permite apenas a substituição processual legal, de modo que fica afastada a possibilidade de estabelecimento contratual ou voluntário de substituição processual. Fernando Gajardoni (2019, p. 640), por sua vez, segue o mesmo entendimento, ressaltando que não são lícitas as convenções acerca da legitimidade, inclusive aquelas que autorizam a intervenção de terceiro atipicamente. Por sua vez, Julio Guilherme Müller (2017, p.128) concorda com este entendimento, argumentando não ser válida a convenção processual atípica que viola a ordem jurídica cogente.

Discorda-se das posições supramencionadas, tendo em vista que, a partir da cumulação dos arts. 18 e 190 do CPC, avaliando o contexto no qual o Código se insere, com os valores subjacentes a ele, entende-se que o sistema jurídico processual, não por acaso, deixou este espaço para exercício do autorregramento da vontade no que diz respeito à legitimidade, caso contrário, não haveria razão para a mudança de redação com a troca do termo “lei” pelo termo “ordenamento jurídico”. Além do mais, tal abertura semântica deve ser interpretada na mesma sintonia do restante do Código, com o estímulo à cooperação e ao exercício do autorregramento da vontade.

A convenção processual deve ser interpretada como *norma*, de modo que, em primeiro lugar:

A juridicidade da norma do acordo impede a incidência da regra legislada. No campo legítimo em que as partes podem validamente convencionar, não incide a norma legal (que, diante da atividade das partes, adquire caráter subsidiário), devendo ser aplicada a norma convencional¹⁴¹ (CABRAL, 2020, p. 184).

A questão fundamental é que, se o art. 18 do CPC concebe a legitimidade extraordinária conforme previsão no *ordenamento jurídico*, a convenção processual faz parte do ordenamento jurídico, já que o negócio jurídico é fato criador do direito, nas palavras de Hans Kelsen, em *Teoria Pura do Direito* (1998, p. 179): “na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato”.

Nesse sentido, desenvolvendo a ideia com mais profundidade, Hans Kelsen argumentou (1998, p. 179):

Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções.

Seguindo esse raciocínio, o fato de o negócio jurídico processual – por ser norma – atribuir legitimidade extraordinária a outrem não exclui a necessidade de que a legitimidade esteja em conformidade com todas as exigências do ordenamento jurídico processual. No caso da tutela coletiva, por exemplo, será inafastável a necessidade de representatividade adequada do legitimado extraordinário negocial, cuja abordagem aprofundada será desenvolvida no momento adequado. É exatamente por isso que os negócios jurídicos, embora sejam norma, não são normas jurídicas autônomas, já que devem estar combinadas com as normas gerais do ordenamento.

¹⁴¹ Sobre este ponto, vale a citação das palavras de Antonio do Passo Cabral (2020, p. 184): “De fato, o autorregramento da vontade no processo decorre da super-posição lógica de duas normas: uma ‘norma de atribuição de competência’ (*Ermächtigungsnorm*) ou ‘norma de habilitação’, que justifica o poder de disposição dos sujeitos privados com primazia sobre a aplicação da regra legislada; e uma norma legal, que terá aplicação subsidiária (na ausência de disposição das partes). O art. 190 do CPC/2015 é a norma de habilitação que atua empoderando as partes, i.e. autorizando que sua vontade convencional seja fonte de juridicidade.

Sendo o *negócio jurídico* produtor de normas, é necessário dialogá-lo com os conceitos de *processo* e de *fato jurídico processual*, a fim de enquadrar o *negócio jurídico processual* como produtor de norma e, portanto, fonte da norma jurídica processual.

O processo é um vitral de fatos jurídicos articulados para a produção de um ato final, com diversas situações jurídicas decorrentes desses fatos jurídicos (DIDIER JR., 2021, p. 88). O fato jurídico processual, conforme conceituado anteriormente, é o fato jurídico sobre o qual incide uma norma processual (SARNO BRAGA, 2007, p. 9). Norma jurídica processual, então, “é aquela de cuja incidência resulta um fato jurídico processual” (DIDIER JR., 2021, p. 88).

O rol de fontes de normas processuais é extenso (DIDIER JR., 2021, p. 88-94), desde a Constituição da República e o CPC, alcançando também tratados e convenções internacionais, medidas provisórias, precedentes, regimentos internos dos tribunais, resoluções do Conselho Nacional de Justiça, lei estadual¹⁴², costume, *soft law*¹⁴³ e negócios jurídicos (tanto processuais, quando oriundos de cooperação judiciária nacional, prevista do art. 67 a 69 do CPC). Além das fontes principais, Arruda Alvim (1971, p. 89-97) elencou como fontes subsidiárias da norma processual civil a analogia, o costume, e os princípios gerais do direito.

Dessa forma, seja analisando da Teoria do Direito, seja pautado na doutrina processual, entende-se que negócio jurídico é fonte de norma, logo, faz parte do ordenamento jurídico. Integrando o ordenamento jurídico, negócio jurídico processual pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária¹⁴⁴.

¹⁴² Essa discussão, necessariamente, perpassa sobre a premissa de que processo é procedimento, de modo que os Estados seriam competentes para legislar sobre matéria processual, oriunda da tese de doutoramento de Paula Sarno Braga, defendida na Universidade Federal da Bahia, em 2015, intitulada: “Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.”

¹⁴³ Fredie Didier Jr., ao abordar as fontes das normas processuais, expôs que o *soft law* pode fornecer diretrizes que sirvam para o desenvolvimento do direito processual, apontando como exemplo as recomendações do CNJ, que, apesar de não serem formalmente fontes de norma jurídicas, funcionam como direcionamento para compreender as normas jurídicas a elas relacionadas. Nota-se, então, a influência do *soft law* no direito positivo, sendo considerado uma “quase fonte” do direito processual. Destaca-se as palavras do autor (DIDIER JR., 2021, p. 94): “O fenômeno do *soft law* opera, sobretudo, por meio de instrumentos escritos não obrigatórios elaborados por comissões e organismos, normalmente não estatais, a exemplo da *International Bar Association*. Recentemente, por exemplo, o European Law Institute/UNIDROIT constituiu as *European Rules of Civil Procedure* como instrumento de *soft law* para formar a base de uma diretiva europeia que venha a viabilizar a codificação das normas fundamentais do processo civil no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

¹⁴⁴ Sendo o negócio jurídico uma norma não-autônoma, é como um semi-heterônimo de Fernando Pessoa. Por isso, pede-se licença para um suspiro, citando as palavras de Bernardo Soares, semi-heterônimo de Pessoa, no Livro do Desassossego: “A arte é um esquivar-se a agir, ou a viver. A arte é a expressão intelectual da emoção, distinta da vida, que é a expressão volitiva da emoção. O que não temos, ou não ousamos, ou não conseguimos, podemos possuí-lo em sonho, e é com esse sonho que fazemos arte. Outras vezes a emoção é a tal ponto forte que, embora reduzida à acção, a acção, a que se reduziu, não a satisfaz; com a emoção que sobra, que ficou

A legitimação extraordinária negocial é tratada de formas diferentes, a depender se é ativa ou passiva. Quando a legitimação extraordinária negocial ocorre no polo ativo da demanda, seria mais simples, em razão da inexistência de requisitos, além dos já exigidos para os negócios jurídicos em geral, de modo que seria possível transferir ou estender a legitimidade para defender o direito titularizado por aquele que transfere ou estende (BOMFIM, 2017, p. 134). Isto é, há a possibilidade de o legitimado extraordinário atuar de maneira solo ou em litisconsórcio com o legitimado ordinário, sendo a legitimidade exclusiva ou concorrente, portanto (DIDIER JR., 2016, p. 244).

Necessário ressaltar que o direito material não é transferido, há, pura e simplesmente, a extensão ou transferência da legitimidade para agir, mas o titular do direito material continua sendo o mesmo, tendo em vista que o negócio jurídico é processual, e não material. Há, ainda, a imprescindível consideração de que o futuro réu tem o direito de ser cientificado do negócio, embora não faça parte e não precise autorizá-lo (BOMFIM, 2017, p. 134).

No que tange à legitimação extraordinária passiva de origem negocial, para que a legitimidade passiva seja transferida, é necessário que o autor seja parte do negócio processual, sendo inexecutível a transferência da legitimidade passiva sem a concordância do titular do direito material. Entrementes, quanto à possibilidade de estender a legitimação passiva, não seria necessária a participação do autor, tampouco seu conhecimento prévio, vez que inexistente para ele prejuízo neste caso. É preciso atentar, contudo, que no caso desta segunda hipótese não se trata de irradiação de obrigação solidária, devendo-se atentar ao fato de que o que se estende é a legitimidade passiva – concernente apenas ao processo –, e não a obrigação material (BOMFIM, 2017, p. 136).

Pedro Henrique Nogueira (2021) abordou os negócios jurídicos processuais típicos sobre legitimidade processual, como o acordo para cessão do direito litigioso, previsto no art. 109, §1º do CPC¹⁴⁵, sendo factível a realização de negócio processual entre uma das partes (autor ou réu) e um terceiro, “prevendo ou não a intervenção deste último na demanda em que o direito adquirido está sendo disputado”. Ou seja, a sucessão das partes somente ocorrerá com a concordância entre o cedente, o cessionário e o adversário do cedente no processo¹⁴⁶ (NOGUEIRA, 2021, p. 3-4).

inexpressa na vida, se forma a obra de arte. Assim, há dois tipos de artista: o que exprime o que não tem, e o que exprime o que sobrou do que teve.”

¹⁴⁵ Redação do art. 109: “A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes. §1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.”

¹⁴⁶ Acerca desse negócio processual típico sobre legitimidade, Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 4) explicou: “Considerando os vínculos existentes entre as diversas situações jurídicas que podem exsurgir de um negócio

O segundo exemplo de acordo processual típico sobre legitimidade dado pelo autor foi o acordo para cessão do crédito na execução, com previsão no art. 778, §1º, III do CPC¹⁴⁷. Assim, o exequente poderá alienar a outrem, a título oneroso ou gratuito, o seu crédito exequendo, de modo que atribuirá ao cessionário a legitimidade processual ativa para executar ou prosseguir na execução, caso já esteja em andamento (NOGUEIRA, 2021, p. 5).

Reconhecendo a atribuição de legitimidade negocialmente de maneira atípica, Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macêdo elaboraram estudo sobre a alienação de bem por sociedade diferente da credora que compõe o grupo societário. Explica-se. Reconhecendo a legitimidade *ad actum*¹⁴⁸, que é a legitimidade para a prática de um ato específico no processo, seria possível que uma sociedade, para a tutela de direito próprio, atribua legitimidade a outra empresa do mesmo grupo para a prática de ato processual específico, no caso, a alienação judicial¹⁴⁹. No exemplo, “a empresa responsável praticará o ato em nome próprio, sobre situação jurídica alheia, configurando legitimidade extraordinária *ad actum*” (DIDIER JR.; MACÊDO, 2020, p. 508).

Quanto às hipóteses atípicas, Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 5-6) admitiu a transferência negocial da legitimidade ativa, sem a cessão ou transmissão do direito substancial, exemplificando que, em um contrato, pode ser conveniente que os contratantes ajustem entre si que a eventual propositura de demandas judiciais dele decorrentes estará a cargo de terceiros, e não dos titulares do direito subjetivo.

Acerca da possibilidade de transferência ou não da legitimidade, Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 7) destacou:

O acordo para atribuição de legitimidade (extraordinária) ativa a um terceiro pode prever a preservação da legitimidade originária do titular do direito substancial a ser discutido. Nesse caso, não haveria autêntica “substituição”

jurídico de cessão de crédito no direito brasileiro, são admissíveis as seguintes combinações: a) cessão de crédito pura e simples, com transmissão (se operada antes da citação) ao cessionário da legitimidade ativa superveniente, ou da atribuição ao cessionário do direito à intervenção como assistente (se operada após a citação e sem concordância do adversário quanto à sucessão); b) cessão do crédito combinada com a aceitação da parte contrária quanto à alteração subjetiva de um dos polos da relação processual (negócio jurídico processual de sucessão das partes).

¹⁴⁷ Redação do art. 778, §1º, III do CPC: “Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo. § 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário: III- o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos.”

¹⁴⁸ Ideia desenvolvida por Antonio do Passo Cabral (2009), em texto intitulado “despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zona de interesse: sobre a migração de polos da demanda”.

¹⁴⁹ Explicando a hipótese, Fredie Didier Jr. e Lucas Buril Macêdo (2020, p. 509-510): “A situação legitimante é complexa: o fato de se tratar de um grupo de sociedades somado ao fato das diferentes especializações dos escopos societários, com a possibilidade de uma sociedade colaborar com a outra para alcançar resultados melhores sem prejuízo à participação da parte adversa. Os requisitos são preenchidos. Na situação, vê-se execução promovida à custa e risco de uma sociedade para a tutela de direito próprio, mas é possível o emprego de empresa do mesmo grupo para a prática de ato processual específico, a alienação judicial, diante do fato de que possui organização e recursos adequados para isso.”

processual voluntária, mas uma dupla legitimação: legitimidade ordinária do titular do direito, que continuaria autorizado a demandar, e legitimidade extraordinária concorrente do terceiro, inclusive com possibilidade de litisconsórcio entre ambos.

Ainda sobre a legitimidade extraordinária ativa, o autor levantou a hipótese de que seja transferida a legitimidade sucessivamente, a sujeitos distintos, sendo necessária, para isso, a concordância do titular do direito material, para que não seja contrariada a vontade negocial originária, que era transferir a legitimidade para o primeiro sucessor (NOGUEIRA, 2021, p. 7).

Em consonância com a hipótese de Fredie Didier Jr. e Lucas Buril Macêdo (2020), Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 10) também reconhece a possibilidade de acordo sobre legitimidade *ad actum*¹⁵⁰, em nítido diálogo com as ideias de Antonio do Passo Cabral (2009), sobre a despolarização do processo, zonas de interesse e legitimidade *ad actum*.

É interessante observar que já há na jurisprudência brasileira posterior à vigência do CPC a admissão de negócio jurídico processual sobre a legitimidade, conforme se extrai do julgamento do processo nº 1.0024.10.159468-7/011, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Desembargador Kildare Carvalho, publicado em 26/01/2018. No referido caso, foi interposto agravo de instrumento em fase de cumprimento de sentença do processo que examinou a responsabilidade civil dos sócios ocultos da “Distribuidora Legumes Soares LTDA” e “Eustáquio Soares Maia” pela prática de ilícitos falimentares, a sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e, no curso do cumprimento de sentença, a exequente (Massa Falida de Frigorífico Fênix LTDA) e os executados (Distribuidora de Legumes Soares LTDA e Eustáquio Soares Maia) celebraram acordo para a satisfação do crédito contendo a seguinte cláusula:

Desde já, as partes concordam que os executados têm legitimidade para discutir a pertinência de todo o crédito tributário tendo como executada e devedora a Massa Falida Frigorífico Fênix (2003.38.00.065625-4 / 2000.38.00.043835-2 / 2001.38.00.005170-7 / 2000.38.00.043716-0 / 2000.38.00.043671-7 / 2000.38.00.030226-2 / 2003.38.00.020305-2 / 2003.38.00.021492-9 / 2003.38.00.052048-8 / 0023722-93.2014.4.01.3820 / 0008749-02.2015.4.01.3820 / 0009522-81.2014.4.01.3820 / 007900.022965-2 / 2003.38.00.04599-6 / 2003.38.00.020304-9) podendo também agir em nome próprio para propor todas as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis ao ente federal. Fica estabelecido que discutido o crédito na justiça federal e havendo insucesso nas demandas, caberá aos executados quitar os créditos

¹⁵⁰ Exemplificou Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 10): É lícito às partes ajustarem que, na fase de conhecimento, a legitimidade passiva será de A e B, em litisconsórcio, mas, na fase de execução, será excluído o réu B, tornando-o, negocialmente, parte ilegítima. Também seria admissível um litisconsórcio eventual negocial: num contrato de compra e venda, acorda-se que, se houver ação judicial para discutir qualquer cláusula, a legitimidade processual pertencerá aos contratantes, mas, se o comprador for vencido e houver cumprimento de sentença, ajusta-se que um terceiro também estará legitimado para responder patrimonialmente como executado.

remanescentes, seja através de quitação espontânea, parcelamento ou qualquer outra modalidade de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, CTN.

A parte agravante questionou a cláusula supramencionada, alegando desrespeito às regras de sujeição passiva na obrigação tributária, falta de notificação prévia sobre a realização da audiência, os prejuízos do acordo tornavam a notificação prévia requisito de validade da avença e que as convenções particulares não poderiam ser opostas ao fisco.

A decisão exarada pelo TJMG ao julgar o agravo de instrumento foi de que não assistia razão ao agravante, tendo em vista que o acordo não reformulou sujeição passiva na relação jurídica de direito material, mas sim a sujeição passiva na relação processual, sem repercussões sobre a primeira. No voto, o Desembargador Relator sustentou que lei complementar é instrumento normativo idôneo para definir quem será sujeito passivo da relação jurídico-tributária (art. 146, CR), além de que convenções particulares não afetam a pretensão creditícia do fisco (art. 123, CTN). Transcreve-se trecho da decisão: “o acordo em questão não interfere na sujeição passiva da relação tributária, que continua reservada à pessoa jurídica que praticou o fato gerador definido na regra-matriz de incidência tributária”.

Entendeu-se que o acordo não expressa assunção de dívida, pois por meio dele não houve a transmissão, sem reservas, de posição obrigacional. Por meio do acordo processual, criou-se a possibilidade de legitimidade extraordinária, legitimidade esta concorrente, o que não causaria prejuízos à agravante, de modo que a falta de notificação prévia foi irrelevante para a validade da decisão agravada e do conteúdo homologatório. Diante disso, o TJMG negou provimento ao agravo.

Quanto aos limites à negociação processual sobre a legitimidade, Pedro Henrique Nogueira (2021, p. 10) destacou que, em se tratando de negócio pré-processual típico, os limites já são apresentados legislativamente. No que diz respeito aos negócios pré-processuais atípicos, deve-se aplicar um regime geral de invalidades, além dos limites especificamente desenvolvidos para os negócios sobre legitimidade.

Em primeiro lugar, é intransmissível o direito subjetivo, como ocorre com a proibição no direito tributário de alterar a tipificação do sujeito passivo da obrigação tributária por convenções particulares, conforme previsão no art. 123 do CTN¹⁵¹. Válida a citação do limite à negociação sobre legitimidade pré-estabelecida em norma cogente (NOGUEIRA, 2021, p. 11):

¹⁵¹ Redação do art. 123 do CTN: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Há algumas normas jurídicas cogentes que pré-estabelecem, com caráter de exclusividade, a legitimidade das partes, especialmente a legitimação ativa, como se verifica nas ações do processo objetivo de controle de constitucionalidade, nas ações coletivas e em alguns procedimentos especiais. Quando isso acontece, não é dado às partes por meio de negócio jurídico alterar o desenho legal e criar outras hipóteses de legitimidade, ou outros legitimados. Trata-se de um limite objetivo à negociação processual.

Nota-se que a última citação dialoga diretamente com o tema desta dissertação, uma vez que o autor entende pela impossibilidade de realização de negócio jurídico processual sobre legitimidade ativa na tutela coletiva, sendo este, também, o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 229-230). Examinadas a latitude, a longitude e a altitude, entende-se que a hipótese merece reflexões mais aprofundadas, com uma nova proposta de itinerário: por isso, o novo cálculo da rota. Recomenda-se o afivelamento dos cintos, a aeronave está pronta para a decolagem.

4 A DECOLAGEM: A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA ATIVA NEGOCIAL NA TUTELA COLETIVA

A decolagem pode ocorrer pelo acionamento das turbinas, fechamento das portas e afivelamento dos cintos. Ao decolar, no entanto, é possível identificar diferentes tipos de asas: de alumínio ou de penas e ossos. O que importa, na realidade, é a aerodinâmica do voo e o intuito de alcançar altitude o bastante para enxergar novos horizontes, seja como piloto, seja como pássaro.

Fernão Capelo Gaivota¹⁵² entendeu que o mais importante não era apenas comer, mas voar. A partir disso, recalculou a própria rota e passou a ousar em suas manobras, tornando-se, depois disso, instrutor de voo. O grande aprendizado da gaivota que desafiou a aerodinâmica das próprias asas foi acreditar que o voo das ideias poderia ser tão real quanto o voo do vento e das penas. Por isso, a ciência recalcula a rota de novos voos de ideias, que é o intuito, afinal, deste capítulo: decolar para enxergar o horizonte da legitimidade extraordinária ativa negocial na tutela coletiva.

4.1 Negócios jurídicos processuais na tutela coletiva

Antes de adentrar na seara legislativa brasileira em matéria de tutela coletiva, é importante mencionar as premissas que formaram as bases científicas sobre a temática, cuja literatura inaugural é, em grande medida, estadunidense. Abram Chayes, atentando ao surgimento de um novo modelo de litigância, diferenciado daquele entre partes privadas sobre direitos privados¹⁵³, desenhou a morfologia do litígio de interesse público¹⁵⁴ em texto

¹⁵² Referência à obra *Fernão Capelo Gaivota*, de Richard Bach.

¹⁵³ Acerca do modelo tradicional de adjudicação civil, Chayes (2017, p. 33-34) delineou as seguintes características para a litigância indivíduo *versus* indivíduo (tradução livre feita pela autora): “1) A ação é *bipolar*, a litigância é organizada como uma disputa entre dois indivíduos ou, ao menos, entre dois interesses unitários, diametralmente opostos, para ser decidido de acordo com um vencedor; 2) A litigância é *retrospectiva*. A controvérsia é sobre um evento identificado e completo: se ocorreram e, caso afirmativo, quais as consequências legais para a relação entre as partes; 3) *O direito e a reparação são interdependentes*. O objetivo da disputa é derivado mais ou menos logicamente de uma violação substantiva, de acordo com a teoria geral de que o requerente receberá uma indenização medida pelo dano sofrido em razão da violação de dever do réu – em contrato, dando ao demandante o dinheiro que ele teria que receber pela violação; em delito, pagando o valor dos danos causados; 4) A disputa diz respeito a um *episódio independente*. O impacto do julgamento é confinado às partes. Se o autor ganha, há uma simples transferência compensatória, geralmente em dinheiro, mas ocasionalmente o retorno de uma coisa ou a execução de um ato definitivo. Em ambos os casos, a sentença encerra o envolvimento do tribunal; 5) O processo é *iniciado e controlado pelas partes*. O caso é organizado e as questões são definidas por trocas entre as partes. A responsabilidade pelo desenvolvimento dos fatos é das partes. O julgamento é feito por um árbitro neutro, que decide apenas as questões de direito que forem postas em causa por uma ação apropriada de uma parte”.

publicado originalmente na *Harvard Law Review*, em 1976, intitulado “O papel do juiz na litigância de interesse público”¹⁵⁵.

Também no contexto de sedimentação do conhecimento acerca da temática, Mauro Cappelletti escreveu o artigo “Reivindicando o interesse público através das Cortes”¹⁵⁶, no qual abordou a temática relacionando as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea massificada e seus reflexos no campo da litigância civil, de tal forma que as ações e relações humanas passaram a assumir, cada vez mais, caráter coletivo, tendo direta correlação com grupos, categorias e classes de pessoas, ao invés de serem diretamente ligadas a apenas um indivíduo¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

Diante do despertar para uma nova forma de litigância, fruto de seu contexto histórico, a doutrina nacional também se desenvolveu e fincou suas raízes, sendo o Brasil pioneiro – entre os países de *civil law* – na instituição de um processo coletivo para a defesa de direitos transindividuais (GRINOVER, 2016, p. 43). É nesse sentido que a legislação brasileira com carga coletiva compõe o que passou a ser chamado de “microsistema da tutela coletiva”.

¹⁵⁴ No que se refere à morfologia da litigância de interesse público, a qual envolve direitos coletivos, Chayes (2017, p. 53) traçou as seguintes características (tradução livre feita pela autora): “1) O objetivo da disputa não é apresentado de forma exógena, mas é moldado principalmente pelo tribunal e pelas partes; 2) A estrutura das partes não é rigidamente bilateral, mas dispersa e amorfa; 3) O fato da investigação não é histórico e adjudicativo, mas preditivo e legislativo; 4) O remédio não é concebido como compensação pelo erro passado, de uma forma logicamente derivada da responsabilidade sustentável e confinada em seu impacto às partes imediatas; em vez disso, é *ad hoc* voltado para o futuro, em linhas flexíveis e amplamente corretivas, tendo diversas vezes consequências importantes para muitas pessoas, incluindo as pessoas ausentes; 5) O remédio não é imposto, mas negociado; 6) A sentença não termina o envolvimento judicial no caso: é necessária a continuidade da participação do judiciário no caso; 7) O juiz não é passivo, sua função não é limitada à análise e declaração de regras legais; o juiz é ativo, com responsabilidade não apenas pela avaliação da credibilidade dos fatos, mas também por organizar e moldar o litígio para garantir um resultado justo e viável; 8) O objeto da ação não é uma disputa entre indivíduos sobre direitos privados, mas uma queixa sobre o funcionamento de políticas públicas”.

¹⁵⁵ No original: “*The role of the judge in the public law litigation*”.

¹⁵⁶ No original: “*Vindicating the public interest through the courts*”.

¹⁵⁷ Dentro da abordagem inicial da temática, vale a pena a citação das palavras de Mauro Cappelletti (2017, p. 73): “This is not to say that individual rights no longer have a vital place in our societies; rather, it is to suggest that these rights are practically meaningless in today’s setting unless accompanied by the social rights necessary to make them effective and really accessible to all. Thus, a modern bill of rights, national or international, would protect not only the traditional individual rights (essentially requiring non-interference by governmental authorities with the private sphere of the individual), but also the new social rights which essentially require active intervention by the state and other public entities”. Tradução livre feita pela autora: “Isso não quer dizer que os direitos individuais não tenham mais um lugar vital em nossas sociedades; em vez disso, é para sugerir que esses direitos são praticamente sem sentido no cenário de hoje, a menos que acompanhados pelos direitos sociais necessários para torná-los eficazes e realmente acessíveis a todos. Assim, uma declaração de direitos moderna, nacional ou internacional, protegeria não apenas os direitos individuais tradicionais (exigindo essencialmente a não interferência das autoridades governamentais na esfera privada do indivíduo), mas também os novos direitos sociais que essencialmente requerem a intervenção ativa de Estado e outros entes públicos”.

¹⁵⁸ Sem olvidar a diferenciação classificatória entre processos coletivos e processos de interesse público, é inegável a importância histórica e acadêmica dos textos mencionados, que se debruçam sobre a necessidade de observar o *fenômeno* da defesa de direitos metaindividuais. Isto é, os direitos transindividuais não são necessariamente de interesse público, mas podem ser (GRINOVER, 2016, p. 41-42).

Inicialmente, a Lei da Ação Popular (nº 4.717/65) regulamentou a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e, após a Constituição da República de 1988, o objeto da ação popular foi ampliado, possibilitando o ajuizamento da referida ação para anular, também, ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural (LEONEL, 2002, p. 116).

Representando uma das legislações mais importantes para a proteção de direitos transindividuais, a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85) foi um grande passo rumo ao aprimoramento legislativo e implementação do processo coletivo brasileiro. Embora atualmente o referido diploma enfrente críticas, é inegável sua vanguarda e importância histórica¹⁵⁹.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90) consistiu em “marca progressista na implementação do direito material” (LEONEL, 2002, p. 136)¹⁶⁰, além dos marcantes avanços na proteção dos direitos transindividuais, inclusive no que se refere ao direito processual. Indispensável mencionar os realinhamentos valorativos trazidos pela Constituição da República de 1988, que reconheceu a importância do processo coletivo, sendo “uma virada de página na construção da matéria em nosso território” (ARENHART; OSNA, 2019, p. 246-247).

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor constituem, então, as bases da tutela coletiva brasileira. No entanto, outros diplomas normativos são essenciais para a formação do microsistema, em razão de sua carga coletiva, dentre elas: o Estatuto da pessoa portadora de deficiência (nº 7.853/89), a Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (nº 7.913/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (nº 8.069/89), a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), a Lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (nº 8.884/94), a Legislação Orgânica do Ministério Público (nº

¹⁵⁹ A título histórico sobre a Lei nº 7.347/85, Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 118-119) narrou: “O anteprojeto inicial de lei para a defesa de interesses difusos em juízo foi elaborado pelos ilustres Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual em Porto Alegre no ano de 1983, sendo posteriormente modificado com contribuições de José Carlos Barbosa Moreira, e subsequentemente apresentado à Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrenbach, recebendo na Casa o n. 3.034/84. Paralelamente, os então Promotores de Justiça do Estado de São Paulo Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr., partindo daquele projeto original, elaboraram outro com modificações. Com base neste, o Ministério Público de São Paulo apresentou anteprojeto ao governo federal, que veio a encampá-lo, encaminhando ao Congresso Nacional a proposta, recebendo na Casa iniciadora do processo legislativo o n. 4.984/85, e posteriormente o n. 20/85 no Senado. O segundo projeto recebeu trâmite mais célere, sendo aprovado e sancionado pelo presidente da República, transformando-se na Lei nº 7.347, de 20.07.1985, que, conforme a respectiva ementa, ‘disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências’.

¹⁶⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

8.625/93), além da Consolidação das Leis do Trabalho (nº 5.425/65, modificada pela Reforma Trabalhista, nº 13.467/2017).

Atualmente, tramitam na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei nº 4.441/20 e 1.641/2021, do Sr. Paulo Teixeira, e nº 4.778/20, do Sr. Marcos Pereira, todos com o intuito de que seja promulgada uma Nova Lei da Ação Civil Pública. No entanto, é necessário ressaltar que os conteúdos dos projetos são deveras divergentes entre si, embora supostamente tenham objetivos semelhantes. Entre os pontos de intersecção, está o objetivo de instituir algumas modificações no que se refere à legitimidade para a propositura de ações coletivas, o que pode impactar diretamente o objeto desta pesquisa, seja pela ampliação do rol de legitimados legais, seja pelo aumento de restrições quanto à atuação associativa. Muito embora os PLs ainda estejam em andamento, é importante pontuar a existência deles e a atualidade do debate sobre a legitimidade ativa na tutela coletiva.

Qual o papel do CPC atual diante do microssistema – fragmentado – da tutela coletiva? A ele foi atribuída a função de dar unidade narrativa¹⁶¹ à proteção coletiva de direitos que, embora disposta na legislação de forma dialogada, ainda se encontra dispersa. Seguindo o escopo da busca pela unidade narrativa, o CPC tem o condão de impactar a tutela coletiva com a necessidade de observação de normas fundamentais processuais, precedentes, flexibilização procedimental, devida fundamentação das decisões judiciais... claramente aplicáveis ao regime de proteção de direitos coletivos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2021, p. 74). Para o presente trabalho, sublinha-se a flexibilização procedimental e a atenção às normas fundamentais processuais.

Antes mesmo da vigência do CPC atual, já existia a preocupação doutrinária com o modelo de processo cooperativo – resultante dos princípios constitucionais processuais – no qual os institutos processuais devem ser utilizados em prol da cooperação entre os envolvidos no processo¹⁶², portanto, vislumbrando-se a possibilidade da negociação processual.

Assim, a partir da afirmação acima, chega-se à questão referente ao processo coletivo: a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) incentiva a celebração de acordos e convenções processuais pelo Ministério Público, o que

¹⁶¹ Vide art. 15 do CPC: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹⁶² Acerca do processo cooperativo, antes mesmo da vigência do atual CPC, lecionou Gisele Santos Fernandes Góes (2012, p. 110): “Depreende-se do direito português e francês e, como tendência mundial, o processo cooperativo, devendo o Brasil estar nessa rota, aplicando-se sempre os poderes instrutórios do juiz (art. 131 do CPC); princípios do contraditório, ampla defesa e direito à prova (Constituição da República); designação de várias audiências, em prol de esclarecimentos, diálogo e conciliações, inclusive na fase executiva; uso dos institutos da prova compartilhada e distribuição dinâmica dos ônus de prova; aproveitamento dos atos processuais; prova emprestada etc.”

traz à tona a discussão acerca da realização de negócios jurídicos processuais no âmbito da tutela coletiva (CABRAL, 2017, p. 712). Gustavo Osna e Isabelle Almeida Vieira (2021, p. 417) questionaram: “afinal, seria aqui possível admitir a celebração de acordos ou de convenções? Considerando a impossibilidade de plena participação dos atores envolvidos, a negociação seria uma trilha viável?”

Em artigo sobre a Resolução nº 118/2014, Antonio do Passo Cabral (2017, p. 718) salientou que a ideologia incentivadora de soluções negociais reivindica espaços para a convencionalidade em ações civis públicas, não apenas no que diz respeito ao direito coletivo, mas, também, no que concerne ao processo coletivo, tendo em vista que a indisponibilidade do direito material não é sinônimo de inexecutabilidade de negociação sobre o processo¹⁶³.

A Resolução nº 118/2014 é bastante clara em seu art. 16, quando autoriza que o membro do Ministério Público celebre acordos de natureza processual, desde que dentro dos limites do ordenamento jurídico¹⁶⁴. Mais que isso, o art. 15 da Resolução recomenda a utilização das convenções processuais toda vez que for necessário adaptar/flexibilizar o procedimento para permitir a tutela adequada e efetiva dos interesses materiais envolvidos¹⁶⁵.

Não basta afirmar a presença de um “interesse público” para que seja rejeitada a validade da convenção processual, uma vez que a doutrina já reconhece a possibilidade de negociação na tutela coletiva, reconhecimento este confirmado pela redação da Resolução nº 118/2014 do CNMP¹⁶⁶. Portanto, o processo cooperativo¹⁶⁷ indica a tendência à recorrência da convencionalidade processual na tutela coletiva, mas, por meio da mesma

¹⁶³ O Enunciado nº 135 do FPPC sustenta exatamente esta ideia, com a seguinte redação: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

¹⁶⁴ Redação do art. 16 da Resolução nº 118/2014: “Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais”.

¹⁶⁵ Redação do art. 15 da Resolução nº 118/2014: “As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais”.

¹⁶⁶ Palavras de Antonio do Passo Cabral (2020, p. 369): “No campo dos processos para tutela de direitos e interesses coletivos, também se compreendia uma total indisponibilidade sobre o direito material. Como demonstração deste caráter indisponível, seriam indicativas a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e a exigência de que o MP prossiga na condução do processo se houver desistência infundada ou abandono da causa pelo autor (art. 6º, §§4º e 9º da Lei nº 4.717/1965; art. 5º §§1º e 3º da Lei nº 7.347/1985; art. 92 do Código de Defesa do Consumidor. Mas, como vimos, há muito se admite negociação em processos coletivos sobre os próprios direitos e interesses transindividuais, na atualidade ampliada para as convenções processuais (resolução nº 118/CNMP). Portanto, o critério do interesse público também parece ter ruído porque não se afigura como um parâmetro seguro para apontar a ilicitude do objeto de um acordo processual. Então, como já exposto à exaustão, não basta afirmar a presença de um ‘interesse público’ para rejeitar a validade dos acordos processuais. Em qualquer processo há a simbiose entre o público e o privado, que devem conviver equilibradamente. No processo cooperativo supera-se a dicotomia publicismo-privatismo”.

¹⁶⁷ Para alguns autores, cooperativo.

Resolução, também é possível notar a ampliação dos instrumentos de atuação do Ministério Público, com a previsão expressa de inclusão no TAC de acordos sobre a matéria processual (CABRAL, 2020, p. 721).

Partindo da premissa de que os direitos envolvidos na tutela coletiva, embora indisponíveis, não são intransigíveis (RODRIGUES, 2017, p. 143), Antonio do Passo Cabral (2018, p. 188) e Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 301) entendem pela possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais no âmbito da tutela coletiva, para tanto, existem limites, haja vista a própria indisponibilidade dos direitos envolvidos.

Isto é, é necessária a observância de que, em que pese seja possível a negociação processual no âmbito da tutela coletiva, é preciso atentar para negociações que, indiretamente, impliquem na disponibilidade do direito, como, por exemplo, uma negociação processual em que as partes dispõem da dilação probatória (NOGUEIRA, 2020, p. 301).

Antes de mais nada, a flexibilização procedimental é uma premissa no processo coletivo, já que busca tutelar direitos que pelos métodos tradicionais do processo individual não seriam tuteláveis (GAJARDONI, 2008, p. 184). Ainda sob a vigência do CPC/73, Fernando Gajardoni (2008, p. 185) sustentou que:

Por conta disso, pede a inexistência de previsão legal, de rigor que judicialmente se flexibilize o procedimento, seja ele qual for o empregado, para permitir que no curso do feito coletivo seja alterado o pedido ou a causa de pedir, mesmo sem concordância da parte adversa ou após o saneamento do processo (art. 264, parágrafo único, do CPC). Nesses casos, o procedimento literalmente seria revertido, tornando a fases anteriores, tudo sem prejuízo do amplo contraditório deferido à parte contrária.

Em trecho particularmente interessante para o objeto do presente trabalho, Fernando Gajardoni (2008, p. 186) defendeu a flexibilização procedimental com o intuito de incentivar a formação de assistência litisconsorcial ativa entre os co-legitimados:

Valendo-se do mesmo fundamento de repercussão e alcance do direito tutelado em sede coletiva, é conveniente que o juiz, a fim de ampliar a representação e estimular a participação da sociedade no destino da ação coletiva, manipule o procedimento, à míngua de previsão legal, a fim de incentivar a formação de assistência litisconsorcial ativa entre os co-legitimados em certas ações coletivas e até mesmo convide entidades a participarem do feito como *amicus curiae* (art. 89 da Lei 8.884/1994).

O autor também defendeu a ideia de que outro legitimado assumira a titularidade do feito quando, no julgamento da ação coletiva, entender-se que o autor é ilegítimo (GAJARDONI, 2008, p. 186). Seria um nítido caso de sucessão processual, portanto.

Embora não exista previsão legal na legislação específica sobre tutela coletiva, entende-se que o CPC integra o microsistema, de modo que as previsões de negócios

jurídicos processuais – típicos e atípicos – alcançam os processos coletivos. Segundo Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Jr. (2020, p. 175), o primeiro limite imposto à negociação processual na tutela coletiva é a intangibilidade do direito material, por ser direito indisponível, ainda que a convenção processual signifique abdicar do direito material por uma via transversa (ou seja, indiretamente)¹⁶⁸.

Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 181-182) entende que seria inválido, por exemplo, alterar o foro competente para a ação coletiva, por se tratar de competência absoluta, considerando um limite objetivo à convenção processual na tutela coletiva o negócio processual que vise derogar, afastar ou alterar as disposições processuais específicas previstas no microsistema da tutela coletiva.

O autor (MAGALHÃES JR., 2020, p. 182) identificou a vulnerabilidade como um critério limitador à negociação processual, baseando-se nas ideias de Antonio do Passo Cabral (2020, p. 394). Assim, Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 182) sustentou que nem sempre o grupo estará em posição de vulnerabilidade, mas as normas da tutela coletiva foram forjadas no sentido de dar especial proteção ao direito metaindividual, o que também ocorre em relação aos vulneráveis.

É necessário ter em mente, contudo, que os legitimados ativos legais à propositura de ações coletivas são, em regra, *repeat players*¹⁶⁹. O grupo pode, sim, estar em situação de vulnerabilidade – e não raro estará –, mas o substituto do grupo em juízo normalmente é munido de estrutura institucional para que não seja considerado vulnerável. Exatamente por isso, é importante observar que a parte do negócio jurídico processual é o substituto, e não o grupo.

A ideia de preservação do núcleo essencial do direito fundamental processual deve ser observada como critério, conforme argumentou Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 183):

O critério proposto é reforçado a partir da análise da preservação do núcleo essencial do direito fundamental processual, pois se as regras especiais

¹⁶⁸ Exemplificou o autor (MAGALHÃES JR., 2020, p. 176): “Pode-se cogitar alguns exemplos de convenção processual inválida pelo motivo ora estudado. Imagine-se determinado negócio processual firmado por associação autora de ação civil pública limitando a melhora de bens imóveis, em caso de execução, àqueles localizados na sede do juízo, sob a justificativa de economia e rapidez processual, afastando a penhora de bens situados em outras comarcas do país. A depender da disponibilidade financeira do requerido, tal acordo processual poderá inviabilizar o cumprimento da sentença coletiva e, portanto, a satisfação do bem jurídico da vida de natureza indisponível, implicando, assim, a sua invalidade.”

¹⁶⁹ A terminologia *one-shooters* e *repeat players* é oriunda dos estudos de Marc Galanter (1974, p. 98), com protagonismo do texto “*Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change*”, publicado em 1974. Os *one-shooters* apenas ocasionalmente acessam o Judiciário, ao passo em que os *repeat players* se envolvem constantemente em casos similares. Os *one-shooters* costumam ter reivindicações muito grandes em relação ao seu tamanho, ou muito pequenas em relação ao custo dos remédios, para serem manejadas rotineira e racionalmente. Dessa forma, o *repeat player* acumula diversas vantagens estratégicas no desenvolvimento do litígio.

processuais coletivas visam, de alguma forma, tutelar adequadamente o direito material indisponível e garantir o acesso à justiça, a disposição consensual envolvendo regra especial que venha a reforçar a tutela destes direitos, por evidente, não viola o núcleo essencial da garantia processual fundamental, ao contrário, reforça sua proteção.

Ao abordar as hipóteses típicas de convenções processuais na tutela coletiva, vale a pena a menção ao saneamento compartilhado, previsto no art. 357, §2º do CPC, conforme argumentado por Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 243), a fim de que sejam organizadas as atividades probatórias a serem realizadas na fase de instrução, delimitando as questões de fato que serão objeto da decisão judicial, além de especificar os meios de prova que serão admitidos, incluindo os solicitados pelas partes e os determinados pelo juiz.

Nesse sentido, seria possível também, a convenção processual sobre o ônus da prova, com amparo no art. 373, §§3º e 4º do CPC, cumulado com o art. 6º, III do CDC, sendo razoável admitir negócio processual sobre ônus da prova que beneficie a coletividade. Outro exemplo válido é a escolha consensual do perito, fundamentada no art. 471 do CPC.

Hipótese interessante de convenção processual atípica exposta por Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 265) é a possibilidade de realização de negócio processual para cientificação dos lesados individuais acerca da ação coletiva, especificando, inclusive, os meios de veiculação da informação (por exemplo, em jornal impresso de grande circulação, chamada televisiva, comunicação por e-mail, *WhatsApp*, etc.), com nítida inspiração no modelo estadunidense, que prevê a *notice* na *Rule 23, (c), 2, (b)*.

Ao abordar a flexibilização procedimental na tutela coletiva, Pedro Augusto de Jesus (2020, p. 179), em dissertação de mestrado, sustentou que não há como afastar a celebração de convenções processuais nos processos coletivos, por existir uma *indisponibilidade temperada*¹⁷⁰ para o ajuizamento da ação coletiva, “quando notada a ausência de fundamentos para tanto (art. 9º da LACP), ou até mesmo para a não sucessão processual por abandono, quando temerária ou infundada a ação (art. 5º, §§1º e 3º, da LACP)”.

O estudo dos negócios jurídicos processuais na tutela coletiva tem sido objeto de análise pelos estudiosos do direito processual civil, mas, além disso, invariavelmente merece atenção e prática que somente a experiência é capaz de proporcionar, em um ambiente profícuo para a negociação, seja material ou processual, que é a tutela coletiva.

Após testar novas manobras aéreas, mesmo ciente do quão curtas eram as asas de uma gaivota, Fernão Capelo Gaivota optou por continuar treinando, testando e ousando, até o dia em que voltou à Terra para ser instrutor de voo, inspirando jovens gaivotas. Ao finalizar as

¹⁷⁰ Expressão utilizada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021).

aulas de voo, Fernão Capelo Gaivota relaxava na areia com seus alunos e passava a expor suas ideias: “ele tinha umas ideias malucas que não podiam compreender, mas também algumas boas, que compreendiam muito bem”. Entre as ideias modestas e ousadas, o essencial foi a coragem de Fernão Capelo Gaivota alçar novos voos. Por isso, após a decolagem, é possível enxergar os novos horizontes para a legitimidade ativa na tutela coletiva, ainda que no plano das ideias (cujo voo, como dito, pode ser tão real quanto o voo do vento e das asas, sejam elas metálicas ou de penas e ossos).

4.2 Novos horizontes para a legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária ativa negocial

Diante da perspectiva de necessidade de repensar a legitimidade para agir na tutela coletiva, a fim de congregiar mais adequadamente os interesses da coletividade substituída, invoca-se a dogmática, para a análise de como a flexibilização procedimental pode influenciar na refundação do direito, no que tange à legitimidade ativa na tutela coletiva, em uma abordagem *de lege lata*¹⁷¹. No entanto, conforme enunciado outrora, reconhece-se que o posicionamento defendido nesta dissertação é minoritário e, mesmo os autores que defendem a legitimidade extraordinária negocial, negam a sua possibilidade em sede de tutela coletiva.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 229-230), ao trabalhar do tema, sustentaram que, a princípio¹⁷², a legitimação extraordinária negocial seria inadmissível no

¹⁷¹ Para Fredie Didier Jr. (2000, p. 66), “escrever *de lege ferenda* é sempre um ato meio quixotesco”. A abordagem deste trabalho, apesar *de lege lata*, à primeira vista, aparenta ser mais uma aventura de Dom Quixote, acompanhado por Sancho Panza. O que se espera, no entanto, é desenvolver essa escrita para demonstrar que os dragões são moinhos de vento, sem abrir mão da partitura composta por Ludwig Minkus para o ballet de repertório que reproduziu o clássico de Cervantes, referenciado pelo autor.

¹⁷² Válido mencionar que, em conferência virtual realizada no dia 04/08/2020, Fredie Didier Jr. mencionou a possibilidade de estar em fase de mudança de ideia sobre o tema, em decorrência da situação prática do TAC Governança, firmado em 25/06/2018, no caso do desastre ambiental do rompimento da barragem da Samarco (disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sAafTKu9L5Y>. Acesso em 09/08/2020). O posicionamento do autor se deu porque o TAC Governança (disponível na íntegra em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca/view>. Acesso em 09/08/2020), celebrado com o intuito de aprimorar alguns pontos do TTAC, delegou poderes ao que foi denominado de *comissão local de pessoas atingidas*, que, na prática, seria uma associação de fato. O supramencionado autor mencionou, ainda, que a experiência prática trouxe novas indagações sobre o tema, uma vez que uma associação de fato foi reconhecida como legitimada num termo de ajustamento de conduta e as associações de fato estão atuando nos processos em defesa dos direitos individuais homogêneos (conferência virtual: 20 minutos e 30 segundos). Também participando da referida conferência virtual, Edilson Vitorelli, ao ser questionado sobre a possibilidade de legitimação extraordinária negocial na tutela coletiva, sustentou que as associações do referido caso não foram criadas para essa finalidade e as comissões locais ainda não têm um papel definido para sua atuação, uma vez que o caso ainda está em andamento (conferência virtual: 21 minutos e 43 segundos). Importante mencionar que Edilson Vitorelli (2019, p. 250-251), ao abordar a teoria geral do processo representativo, sustenta que é necessário superar a ideia de que a representação oriunda do processo coletivo brasileiro teria relação com a substituição processual, sendo esta segunda pensada para o processo individual. Válido mencionar trecho das

âmbito da tutela coletiva. Os autores argumentaram que a legitimação extraordinária negocial é admitida, entretanto, quando transferida negocialmente de um legitimado ordinário para um legitimado extraordinário. Importante a citação da argumentação dos referidos autores (DIDIER JR., ZANETI JR., 2021, p. 230):

No caso da tutela coletiva, isso seria, em princípio, inadmissível, por duas razões: a) não há legitimado ordinário na tutela coletiva, pois o grupo titular da situação jurídica não tem capacidade de ser parte e, muito menos, legitimação ordinária para defender os próprios direitos em juízo; b) caso fosse possível que um legitimado extraordinário coletivo atribuísse a outro ente essa legitimação, estaríamos diante de uma clara fraude à lei, fonte da legitimação para a tutela coletiva: um ente, sem autorização legal nem autorização do titular do direito discutido, estaria em juízo na defesa de direito de que não é titular; Assim, não se admite a atribuição negocial de legitimação extraordinária coletiva.

Sobre essa possibilidade de negociação processual, Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 302) também se posiciona pela impossibilidade de legitimação extraordinária negocial na tutela coletiva, valendo a citação das lições do autor:

É preciso também não perder de vista que os legitimados para o processo coletivo (LACP, art. 5º e CDC, art. 82) são verdadeiros substitutos processuais. Os legitimados atuam no processo não para tutela de direito próprio, mas para defesa de direitos titularizados pelo grupo. Essa legitimação extraordinária é resultante de norma cogente. Por isso, não se pode admitir convenção que confira legitimidade extraordinária para processo coletivo a algum sujeito estranho aos previstos em lei. Embora a legitimidade extraordinária individual possa advir de negócio jurídico, o mesmo não se pode dizer para a legitimação extraordinária coletiva.

palavras de Vitorelli (2019, p. 250-251): “É igualmente necessário superar a ideia de que a representação, no processo coletivo brasileiro, se relaciona com a substituição processual, pensada para o contexto do processo individual. Neste, o indivíduo, titular do direito, decide livremente demandar seus próprios direitos e, para tanto, contrata um advogado ou se vale dos mecanismos postulatórios autorizados em lei. Durante todo o processo, esse indivíduo retém o controle do processo, podendo, pelo menos teoricamente, dar a ele o rumo que desejar. Nas raras situações em que se admite que um indivíduo demande direito individual alheio, o substituto processual, que faz o papel de representante do ausente, está em uma posição marcadamente próxima à do representado, o que o torna, sem muita dificuldade, portador de seus interesses. Basta citar os exemplos do condômino que reivindica a coisa comum, do denunciado à lide que defende os interesses do denunciante, ou do capitão do navio que exige o pagamento do frete. A doutrina do processo não percebe, ao citar esses exemplos, em conjunto com a representação existente no processo coletivo, que as situações são marcadamente distintas”. No contexto da citação transcrita, na nota de rodapé nº 486 da obra citada, o autor mencionou o texto “*Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*”, de autoria de Fredie Didier Jr. (anteriormente citado neste trabalho), como seguindo o sentido da crítica feita no trecho acima. Nota-se o diálogo existente entre os pensamentos dos autores que, embora a princípio discordem sobre o pensamento desta dissertação de mestrado, também corroboram para as inquietações aqui escritas. Para além das divergências e concordâncias, a autora deste texto entende que o problema da representação na tutela coletiva conduz à necessidade de repensar a legitimidade processual, a partir da possibilidade de negociação processual sobre a legitimação extraordinária. A experiência prática mencionada por Fredie Didier Jr. na conferência virtual realizada em 04/08/2020 tem grande valia para a presente pesquisa, pois corrobora com a hipótese que vem sendo gestada desde o Pré-Projeto de Dissertação.

Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 179) também manifestou posicionamento no sentido da inadmissão de convenção processual que tenha como objeto a legitimidade de agir e a representatividade adequada.

No entanto, é necessária uma reapropriação do tema da legitimidade na tutela coletiva, tendo em vista que a escolha dos “porta-vozes” das pretensões dos interessados representa uma clara dificuldade, em razão da condição imposta pela transindividualidade, conforme argumentado por Rafael Felgueiras Rolo (2016, p. 243). Sobre este ponto, válida a citação das palavras do autor:

Esse porta-voz da massa ausente, portanto, pode tanto ser um indivíduo que também participa dessa coletividade afetada (o autor popular, uma associação afetada pelo ilícito ao consumidor, o partido no mandado de segurança coletivo, enfim), como um terceiro desinteressado a quem o ordenamento atribuiu a tarefa institucional de defender interesses alheios (é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Procon’s, por exemplo). Em qualquer caso, na medida em que sempre está em causa a defesa de um interesse que não é próprio, tem-se a necessidade de se desenvolver o tema da *representação política* (ROLO, 2016, p. 253).

Ao se posicionar sobre a necessidade de uma dogmática menos limitada, o autor supramencionado aduziu que a partir de uma análise moderna da relação processual, é necessário repensar a noção de “parte”, questionando-se “o privilégio que o pensamento processual tradicional, no Brasil, tem conferido às manifestações de sujeitos meramente formais, em detrimento dos reais interessados na solução do caso” (ROLO, 2016, p. 230). Concorda-se com o autor referenciado, inclusive porque o conceito de terceiro também vem sendo repensado (TEMER, 2020, p. 418-434).

O que é possível aferir é que a dogmática rígida é insuficiente para dar conta da complexidade dos litígios que se apresentam nos tempos hodiernos, tanto no que se refere à ideia de parte, quanto de terceiro, inclusive porque a realidade cambiante remete os estudiosos do direito processual civil à necessidade de repensar institutos basilares do processo – nesse caso, a legitimidade¹⁷³.

¹⁷³ É importante mencionar que a revisitação a temas clássicos vem sendo feita pelos cientistas do direito processual civil, analisando-os sob a ótica contemporânea e atentando aos fenômenos da sociedade hodierna. Sofia Temer revisitou as intervenções de terceiros (2020), Antonio do Passo Cabral lançou novas luzes ao princípio do juiz natural e do regime de competências (2021), Marcelo Barbi defendeu tese sobre uma teoria da jurisdição (2020)... É inegável que a dinamicidade das relações atuais influencia o processo, pois as relações processuais são, também, fruto de seu tempo. Logo, é necessário repensar os institutos sob essas novas perspectivas. De forma modesta, essa dissertação pretendeu visitar a legitimidade, tema clássico e interdisciplinar, demonstrando a possibilidade de realização sobre negócio jurídico processual sobre legitimidade na tutela coletiva, inspirada pelos trabalhos que exploraram temas clássicos e deram a eles roupagem contemporânea, bem como por tantos outros que navegaram pelos negócios jurídicos processuais, citados anteriormente.

Antonio do Passo Cabral identifica a legitimidade como um atributo transitivo, que será verificada a partir de determinado estado de fato:

Em razão do dinamismo da relação processual, é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual (CABRAL, 2009, p. 43).

Nessa toada, Rafael Felgueiras Rolo (2016, p. 231-232) sustentou que um processo verdadeiramente participativo deve incluir nos debates, da melhor forma possível, os diretamente afetados pela decisão judicial, com o escopo de garantir a representação adequada da maior diversidade de entendimentos possíveis¹⁷⁴, inclusive levando em consideração os dissensos existentes dentro da própria coletividade¹⁷⁵.

É necessário esclarecer, de antemão, que não se pretende “ampliar” o rol legal disposto no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC, inclusive porque isto somente seria possível por meio de iniciativa legislativa. A propósito, conforme mencionado anteriormente, existem três PLs em andamento com o objetivo de promulgar uma Nova Lei da Ação Civil Pública, sob os números 4.441/20, 4.778/20 e 1.641/21. Nos três projetos há previsões que impactam diretamente a legitimidade ativa na tutela coletiva, seja pela ampliação do rol de legitimados, seja pela previsão mais severa de requisitos para averiguação da adequação da representação.

Os PLs não passaram despercebidos, claramente, e vêm sendo alvo de amplas críticas pelos estudiosos da tutela coletiva, inclusive no que diz respeito à legitimidade, especialmente quanto aos requisitos para a adequação da representação das associações civis, que, em dois dos PLs (4.778/20 e 4.441/20), tal previsão praticamente fulminaria a atuação associativa¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Ao trabalhar profundamente o devido processo legal coletivo, Edilson Vitorelli (2019) não apenas repensou a tipologia dos litígios coletivos, como também trabalhou formatos de participação da coletividade na tomada da decisão, a exemplo de audiências públicas e do *town meeting*, a fim de que a coletividade participe da decisão tomada e dos rumos do processo judicial coletivo. Além disso, seria possível imaginar a participação da coletividade em diversas modalidades de intervenção de terceiros, inclusive inominadas, conforme proposto por Sofia Temer (2020). Atentando às valiosas contribuições dos autores, este trabalho não se volta, contudo, a participações como as mencionadas, mas sim à participação direta, enquanto legitimado, a depender do negócio jurídico processual sobre legitimidade firmado.

¹⁷⁵ Diante dessa argumentação, torna-se inafastável a citação da contribuição do autor para o tema: “Segundo estabelecido anteriormente, como a dogmática processual não possui meios adequados para compreender e assimilar o conceito de coletividade ausente, promove uma espécie de *depuração*, *pasteurização*, ou *normalização* dessa figura em dois sentidos principais, sendo um de caráter *objetivo* e outro, *subjetivo*, de modo a naturalizar o trato da exclusão operada em juízo, mascarando a *violência simbólica* implicada na falta de reconhecimento desse verdadeiro pressuposto lógico (questão prévia) para a tutela coletiva. Esse procedimento de depuração, uma vez normalizado e justificado a partir do argumento técnico-buro-crático, é *repressor*, redundando na própria dinâmica de *negação-neurótica* já evidenciada. A abordagem crítica aqui proposta exige o enfrentamento dessa barreira imposta pela técnica processual supostamente ‘neutra’ e ‘desinteressada’, para fins de garantir uma maior democratização dos processos coletivos” (ROLO, 2016, p. 233).

¹⁷⁶ Previsão da legitimidade ativa no PL 4.441/20:

¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. O PL 1.641/21 contém previsões positivas para a tutela coletiva – que não convém tratar neste momento, por não ser objetivo central do trabalho –, inclusive no que diz respeito à legitimidade ativa.

É importante mencionar que, apesar da possibilidade de modificação legislativa quanto à legitimidade, isto não causaria a perda do objeto da presente dissertação, eis que continuaria sendo possível a realização de negócio jurídico processual sobre a legitimidade extraordinária, mas, após a ocorrência das mudanças (caso ocorram), o que mudará serão as partes do negócio, ou seja, os “novos” legitimados legais poderão convencionar.

Após toda a exposição feita sobre como a negociação processual é cabível na tutela coletiva, bem como que as convenções processuais são fonte do direito processual e, por isso,

“Art. 6. São legitimados para a propositura da ação civil pública:

I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei; V – as associações civis que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos protegidos por esta lei, sendo indispensável a prévia autorização estatutária ou assemblear; VI – as comunidades indígenas ou quilombolas, para a defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos. § 1º A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que o autor não tenha conflito de interesses como grupo e que sua finalidade institucional tenha aderência à situação litigiosa e ao grupo lesado. § 2º A adequação da legitimidade das associações civis será aferida a partir da análise dos seguintes critérios, entre outros: I – o número de associados; II – a capacidade financeira para arcar com despesas processuais da ação; III – o histórico na defesa judicial e extrajudicial dos direitos coletivos; IV – o tempo de constituição e o grau de representatividade perante o grupo.”

¹⁷⁷ Previsão da legitimidade ativa no PL 4.778/20:

“Art. 4º São legitimados para esta ação: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei; V – as associações, que tenham representatividade adequada e que incluam dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos protegidos por esta lei, sendo indispensável a prévia autorização estatutária ou assemblear.

Art. 5º A representatividade adequada da associação poderá ser demonstrada: I – pelo número de associados; II – pela capacidade financeira, inclusive para arcar com despesas processuais da ação coletiva; III – pelo rol de casos, que deve ser apresentado, de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente; IV – pelo quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação, que deve existir na associação, quando da propositura da ação; V – pelo laudo indicativo do número de pessoas atingidas pelo alegado dano, apresentado com a propositura da ação; VI – por outros meios adequados.”

¹⁷⁸ Previsão da legitimidade ativa no PL 1.641/21:

“Art. 7º. São legitimados para a propositura da ação civil pública: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei; V – as associações civis, agindo por substituição processual, que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos protegidos por esta lei, independentemente de prévia autorização estatutária, assemblear ou individual dos associados; VI – os sindicatos, para a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria; VII – a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções, estas para danos locais ou estaduais; VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; IX – as comunidades indígenas, quilombolas e os povos tradicionais para defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos. § 1º A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que a finalidade institucional da entidade tenha aderência à situação litigiosa ou ao grupo lesado. § 2º Na análise da legitimação do autor, o juiz deverá considerar o grau de proteção adequada do grupo ou do interesse protegido, avaliando dados como: I – credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; II – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos previstos nesta lei; III – sua conduta em outros processos coletivos; IV – a pertinência entre os interesses tutelados pelo legitimado e o objeto da demanda; V – o tempo mínimo de instituição da associação de 1 (um) ano e a representatividade desta perante o grupo, categoria ou classe.”

fazem parte do ordenamento jurídico, é possível conceber a ideia de que seja feito negócio jurídico processual para a atribuição de legitimidade extraordinária ativa negocial na tutela coletiva. Claramente, tal hipótese não prescinde de balizas, reflexões e análise da adequação da representação, e é a isto que se dedica esta seção e seus subtópicos.

4.2.1 Possibilidade de realização do negócio jurídico processual sobre legitimidade em Termo de Ajustamento de Conduta

Como foi exposto ao longo de todo o trabalho, o CPC trouxe em seu bojo diversas normas fundamentais, dentre elas o dever de estímulo à resolução autocompositiva dos conflitos, expresso no art. 3º, §§2º e 3º do Código¹⁷⁹. Também como iniciativa legislativa, a Lei nº 13.140/2015 representa o marco legal da mediação. Assim, ocorre paulatinamente o fortalecimento das técnicas extraprocessuais de resolução de conflitos, como, por exemplo, a mediação e o TAC (NERY, 2017, p. 27). A perspectiva de uma solução autocompositiva na tutela coletiva nada mais é do que a expressão do movimento mundial de acesso à justiça, valendo destaque aos clássicos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988)¹⁸⁰. Vê-se, portanto, que há um incentivo generalizado à autocomposição, seja ela processual ou material.

Nos casos em que a própria lógica do processo apresenta possíveis barreiras à efetividade da tutela dos direitos coletivos é que a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos se torna mais importante, dando-se destaque às técnicas extraprocessuais, por serem capazes de oferecer vantagens à efetividade dos direitos que se pretende tutelar coletivamente, de tal forma que, quando possível, pode-se dispensar o recurso à solução judicial (GAVRONSKI, 2010, p. 232)¹⁸¹.

A principiologia do TAC possui natureza híbrida, uma vez que incidem sobre ele tanto princípios de direito privado, voltados à celebração do ajuste, como princípios de direito público, aplicados ao próprio termo. Ana Luiza Nery (2017, p. 85) defende, ainda, a aplicação

¹⁷⁹ Redação do art. 3º, §§2º e 3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

¹⁸⁰ Nota-se, assim, que a perspectiva de proteção de direitos transindividuais – expressa na segunda onda – aliada às tendências do uso do acesso à justiça, representam estudos da década de oitenta, pertencentes ao movimento mundial desse acesso, e acabam por desaguar na solução extrajudicial de problemas coletivos, impressa no ordenamento jurídico brasileiro também pela figura TAC.

¹⁸¹ Nesse sentido, o compromisso de ajustamento de conduta não constava na versão original da LACP, passando a integrá-la apenas a partir de 1990, com a inclusão do §6º no art. 5º. Válido ressaltar, ainda, que existem dispositivos semelhantes no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do art. 55, parágrafo único, da revogada Lei de Pequenas Causas (nº 7.244/84), art. 53 da Lei Antitruste (nº 8.884/94) e art. 79-A da Lei nº 9.605/98.

da proporcionalidade ao ajustamento, sendo necessário “sopesar a gravidade dos efeitos da medida imposta à situação do administrado e o resultado esperado do ponto de vista do interesse público”¹⁸². Há diversas discussões quanto à natureza jurídica do TAC, existindo três principais correntes a esse respeito: 1) o TAC seria uma transação bilateral (negócio jurídico, portanto); 2) o TAC seria um acordo unilateral; e 3) o TAC seria um ato administrativo. Compreender a natureza do instituto é fundamental para compreender o regime jurídico a ele aplicável (NERY, 2017, p. 135).

Evidentemente, a discussão quanto à natureza jurídica do compromisso perpassa, necessariamente, pela discussão sobre a (in)disponibilidade dos direitos coletivos¹⁸³. Se os direitos coletivos em sentido *lato* estivessem carimbados com uma indisponibilidade inflexível, haveria uma nítida opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais a fim de proteger direitos contra lesões praticadas por seus próprios titulares por meio de vedações ou restrições ao exercício desses mesmos direitos. Concordando com Elton Venturi (2016, p. 2), aqui reside um verdadeiro oxímoro.

Ainda argumentando sobre a influência da indisponibilidade dos direitos coletivos na definição da natureza jurídica do TAC, é necessário ressaltar que a indisponibilidade de tais direitos impede a celebração de transação que renuncie integralmente ao direito material tutelado, mas não obsta a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, desde que tais compromissos estipulem mecanismos para a realização e tutela dos direitos coletivos, a exemplo da concessão de prazo, definição de modos de cumprimento e parcelamento da obrigação de dar ou de fazer (CAMBI; SOUZA, 2015, p. 228).

Sobre a legitimidade para celebração do TAC, é importante mencionar que o posicionamento majoritário segue no sentido de que os legitimados à propositura da ação coletiva não são os mesmos que os legitimados à celebração do TAC, tendo em vista que o art. 5º, § 6º, da LACP, optou por utilizar a expressão “órgãos públicos legitimados”, restringindo a legitimidade aos órgãos públicos e excluindo, assim, as associações civis, por exemplo. O mesmo ocorre nas previsões dos PLs 4.441/20, 4.778/20 e 1.641/21, já que também há restrição quanto à legitimidade para celebração do TAC.

¹⁸² Para Gisele Góes (2004, p. 72), a proporcionalidade não é mera regra, mas, ao contrário, é o “princípio dos princípios do ordenamento, promove o arejamento do sistema jurídico em contato com a realidade, atualizando-o constantemente”, sendo que, diante desta ponderação, é possível avistar a pertinência jurídica da aplicação do vetor axiológico da proporcionalidade também ao TAC.

¹⁸³ No mais, o ordenamento jurídico brasileiro contém diversos exemplos de hipóteses em que o legislador optou por permitir a disposição do interesse público, a exemplo da celebração de transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis ou até mesmo a colaboração premiada prevista pela Lei nº 12.850/2014, cujo art. 4º permite que o juiz conceda perdão judicial àquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que tal colaboração tenha dado resultados (LIMA, 2019, p. 160).

É importante entender, portanto, que o TAC é um negócio jurídico – tanto quanto o negócio jurídico processual –, de modo que nele podem conter previsões de convenções pré-processuais, a exemplo de cláusula que preveja a legitimidade extraordinária negocial, no caso de o acordo ser descumprido.

Nesse ponto, válida a observação da experiência prática do TAC Governança, firmado no desastre da Samarco. Para tanto, é válida a transcrição da cláusula que reconheceu as *comissões locais*, formadas por pessoas atingidas, como legítimas a atuar no processo de reparação integral dos danos decorrentes do rompimento da barragem do Fundão.

CLÁUSULA OITAVA. As PARTES acordam o reconhecimento das comissões locais formadas voluntariamente por pessoas atingidas (“COMISSÕES LOCAIS”), residentes nos municípios atingidos pelo ROMPIMENTO DA BARRAGEM FUNDÃO e/ou, excepcionalmente, que tenham sofrido danos em atividades realizadas na área de abrangência das respectivas COMISSÕES LOCAIS, como interlocutoras legítimas no âmbito das questões atinentes à participação e governança do processo de reparação integral dos danos decorrentes do ROMPIMENTO DA BARRAGEM FUNDÃO, nos termos e limites previstos neste ACORDO (2018, p. 6-7).

É possível conceber, portanto, a atuação *ad actum* do legitimado extraordinário negocial na tutela coletiva, desde que previsto em cláusula do TAC, por exemplo, como negócio jurídico processual pré-processual – sem que isso implique na impossibilidade de atribuição de legitimidade extraordinária negocial *ad actum* de outras formas, que fique claro.

4.2.2 Por que as intervenções de terceiros nem sempre serão suficientes?

Para entender a necessidade de atribuição de *legitimidade* em determinados casos, é preciso compreender o conceito processual de *parte*, que, para Liebman (2005, p. 123), são os sujeitos do processo, os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, para os quais este preferirá seu provimento. Chiovenda (1936, p. 213) abordou o conceito de parte da seguinte forma:

La determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teórica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici: che una persona sia *parte* in una lite o sia *terzo*, è importante per la identificazione delle azioni, per accertare se altri sai soggetto o no alla cosa giocata; se vi sai o no litispendenza, ecc.; così per stabilire se il rapporto com una data persona renda incapace il giudice; per decidere chi possa intervenire come terzo in una lite; chi posa fare oppoizione di terzo a una sentenza; chi possa deporre come teste nella lite; chi sia soggetto alla condanna nelle spese, e via dicendo.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Tradução livre feita pela autora: “A determinação do conceito de parte não tem mera importância teórica, mas é necessária para a solução de graves problemas práticos: seja uma pessoa parte ou um terceiro em uma disputa,

Quanto ao substituto processual, Chiovenda (1936, p. 214) sustentou que:

Il sostituto processuale invece è parte na causa: ma ciò non importa che colui per il quale há agito possa senz'altro fare opposizione di *terzo*, sebbene sai terzo rispetto alla lite. Solo la condanna nelle spese presenta applicazioni logiche costante del concetto di parte.¹⁸⁵

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 17) sustentou que a clássica conceituação de Chiovenda é ligada demasiadamente à demanda e ao objeto do processo, sendo falha, também, por não associar ao princípio do contraditório. Portanto, Dinamarco (2021, p. 17-18) associou o conceito de parte à ideia de destinatário dos atos judiciais, à presença da pessoa como integrante de uma das posições inerentes à relação jurídica processual, sendo reflexo da garantia constitucional do contraditório, “à luz da qual se constrói o conceito de parte apto a possibilitar distinções entre pessoas que podem e pessoas que não podem ser atingidas pelos efeitos do processo”.

Prosseguindo na conceituação, Dinamarco (2002, p. 18) definiu *terceiro* como a pessoa que não realiza atos no processo e não é titular de poderes, faculdades e ônus que caracterizam a relação processual: “nesse sentido é que, apresentado o terceiro como a *refração especular* da imagem da parte, *em princípio* nega-se que a ele possam estender os efeitos diretos da sentença de mérito e afasta-se a sua submissão ao vínculo da coisa julgada material.”

Fredie Didier Jr. (2021, p. 612) sustentou que alguém pode assumir a condição de parte em um processo de três formas: 1) instaurando-o; 2) sendo chamado a juízo para ser processado; 3) intervindo em processo existente entre outras pessoas. Em seguida, manifestou-se sobre o conceito de intervenção de terceiro:

São duas as premissas fundamentais da teoria da intervenção de terceiro: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dado processo, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; b) o acréscimo de sujeitos ao processo, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo – a presença de um sujeito a mais torna o processo mais complexo, mas ele é sempre o mesmo.

Poder-se-ia questionar: por que não, então, ao invés de um legitimado extraordinário negocial, utilizar uma das modalidades de intervenção de terceiros para atuar no processo

é importante para a identificação das ações, para averiguar se os outros são ou não sujeitos à coisa julgada; se há ou não litispendência, etc.; assim, estabelecer se a relação com determinada pessoa torna o juiz incapaz; decidir quem pode intervir como terceiro em uma disputa; que terceiro pode se opor a uma sentença; quem pode testemunhar na disputa; quem está sujeito à condenação em sucumbência, e assim por diante.”

¹⁸⁵ Tradução livre feita pela autora: “O substituto é, em vez disso, uma parte da causa: mas não importa que aquele por quem ele atuou possa certamente fazer uma oposição de terceiro, embora seja um terceiro no que diz respeito à disputa. Apenas a convicção nos custos apresenta aplicações lógicas constantes do conceito de parte.”

coletivo em prol da melhor representação possível dos interesses da coletividade substituída, a exemplo do *amicus curiae*? Responde-se, desde logo, que, ainda que seja possível a utilização das intervenções de terceiros em benefício dos interesses das coletividades, haverá casos em que o conflito, em si, necessitará de uma adequada representação, aqui fazendo referência direta à legitimidade.

No entanto, o problema se desdobra, tendo em vista as diversas divergências sobre as modalidades de intervenção de terceiros e possibilidades de atuação, fazendo-se primordial a citação das palavras de Sofia Temer (2020, p. 39):

Afinal, a fragilidade da alegada concepção exclusivamente processual de parte se mostra mais clara a cada “nova” modalidade de intervenção, ou a cada reformulação dos pressupostos clássicos para atuação no processo (como o de interesse). Basta ver os exemplos do *amicus curiae*, já classificado como “sujeito ‘subjctivamente’ desinteressado”, e como “parte, *pero no mucho*”, do “assistente nos meios de formação do precedente, do “terceiro” interessado na produção de prova, e, de forma geral, dos sujeitos que ingressam mediante modalidades inominadas.

A autora (TEMER, 2020, p. 41) destaca, ainda, que a inexistência de consenso acerca dos conceitos que envolvem a pluralidade de sujeitos processuais é histórica e que a falta de uniformidade em relação aos critérios para identificar os sujeitos processuais e quais as finalidades pretendidas tem impacto sobre as regras de formação e estabilização subjetiva da lide, a definição dos ônus, poderes, deveres e faculdades, os pressupostos e restrições à atuação dos referidos sujeitos, entre outras consequências.

Para tanto, entende-se necessário observar o interesse jurídico¹⁸⁶ existente em cada situação, sendo pertinente observar tanto o interesse da parte, quanto do terceiro, a fim de demonstrar a necessidade de que, em determinados casos, a legitimidade extraordinária ativa negocial será não só cabível como necessária, em especial por conta do que Sofia Temer (2020, p. 77) se referiu como “vínculo com a lide”, destacado pela necessidade de melhor avaliação do interesse jurídico para contribuir com a sistematização da matéria¹⁸⁷ no que diz respeito à atuação enquanto *parte*.

¹⁸⁶ Sobre interesse jurídico e terceiros, destaca-se as palavras de Sofia Temer (2020, p. 77): “As hipóteses interventivas, portanto, foram historicamente identificadas olhando-se para a relação substancial exposta na demanda, e analisando a relação jurídica titularizada pelo sujeito interveniente a partir de vínculos como de cotitularidade, conexidade, continência, prejudicialidade, afinidade, subsidiariedade e sucessividade. Em suma, conforme o vínculo com a *lide* (mais estreito, como na hipótese de cotitularidade; ou dependente, como na hipótese de assistência), a lei prevê uma modalidade interventiva e seus respectivos poderes de participação”.

¹⁸⁷ Acerca deste ponto especificamente, a autora (TEMER, 2020, p. 80) teceu críticas, aduzindo que a visão estreita do requisito do interesse jurídico é fonte de problemas para a sistematização da matéria da intervenção de terceiros.

É importante perceber que não apenas a cumulação dos arts. 18 e 190 do CPC tem o condão de se desdobrar na diluição do caráter monolítico da legitimidade ativa coletiva, como também o §1º do art. 82 do CDC flexibiliza as exigências relacionadas à atuação das associações, sugerindo conceitos abertos que favorecem sua amplitude (SOARES, 2017, p. 748).

Acerca da necessidade de flexibilização do sistema jurídico, para corroborar com o ponto de vista exposto, menciona-se as palavras de Gisele Santos Fernandes Góes (2006, p. 75-76):

O panorama do universo jurídico de reflexividade interna dos subsistemas sociais, traduzindo a reclusão para o Direito, asfixia as pluralidades existentes e não resolve os problemas que surgem, assumindo-se a insuficiência dessa compreensão da ciência jurídica. Por isso, o sistema jurídico é do tipo aberto e, com efeito, deve interagir necessariamente com os outros sistemas, tais como os de ordem econômica, política, social, etc., para que se tenha uma otimização de interpretação das normas jurídicas, sob pena de engessamento da lei, diante da velocidade dos acontecimentos fáticos da sociedade.

Portanto, é possível que a flexibilização das exigências mencionadas outrora se dê por meio, inclusive, da legitimação extraordinária ativa de origem negocial, por exemplo, no caso de associações com data de constituição inferior a um ano. Ainda sobre as associações, é possível que seja feito negócio jurídico processual para que não seja necessária a exigência de finalidade institucional da associação, ao invés de colocar essa associação como terceira interveniente em determinado processo (utilizando, por exemplo, a assistência simples).

É cediço que as intervenções de terceiros podem ser objeto de convenção processual, conforme defendido por Marília Siqueira da Costa (2018), além de que as intervenções legisladas seriam insuficientes, de modo que há margem para intervenções inominadas, de acordo com o pensamento de Sofia Temer¹⁸⁸ (2020).

Ademais, Lia Carolina Batista Cintra (2017, p. 171-172) também entendeu que seria possível a realização de negócios jurídicos processuais para ampliar as possibilidades de participação de terceiros, quando isso tiver o condão de introduzir “fundamentos novos” no processo, observando a interpretação da jurisprudência. A autora entende que é possível tanto a criação de novas hipóteses de intervenção, quanto a alteração de regras relacionadas às intervenções já existentes no Código.

¹⁸⁸ Cita-se as palavras da autora (TEMER, 2020, p. 77): “As hipóteses interventivas, portanto, foram historicamente identificadas olhando-se para a relação substancial exposta na demanda, e analisando a relação jurídica titularizada pelo sujeito interveniente a partir de vínculos como cotitularidade, conexidade, continência, prejudicialidade, afinidade, subsidiariedade e sucessividade. Em suma, conforme vínculo com a *lide* (mais estreito, como na hipótese de cotitularidade; ou dependente, como na hipótese de assistência), a lei prevê uma modalidade interventiva e seus respectivos poderes de participação.”

Ao expor os vetores para um novo modelo de participação no processo, Sofia Temer (2020, p. 116) destacou o papel das técnicas especiais, convenções processuais e adaptação judicial, a exemplo do livre trânsito de técnicas especiais entre os procedimentos (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2021), cumulada com as cláusulas gerais de flexibilização e adaptação procedimental, a exemplo do art. 190 do CPC:

A adequação do regime de participação pode ocorrer, parece-nos, tanto por iniciativa dos sujeitos interessados, quanto do próprio juiz, o que decorre tanto da ideia de responsabilidade (e de equilíbrio de funções) acima tratada, quanto, mais especificamente, das possibilidades decorrentes das convenções processuais e da adaptação e gerenciamento judicial, respectivamente.

É inevitável que tais vetores afetem a participação, seja como terceiro, seja como parte, sendo admitidos negócios processuais sobre intervenção de terceiros e legitimidade extraordinária convencional (TEMER, 2020, p. 118). Para tanto, é preciso enxergar da miscelânea de interesses e finalidades pretendidas pelo processo, como garantir a formação de padrão decisório favorável (TEMER, 2020, p. 250), assegurar o exercício ou a consistência prática de direito (TEMER, 2020, p. 258), a produção de prova (TEMER, 2020, p. 272), a defesa do interesse público (TEMER, 2020, p. 280), a defesa de interesses afetivo ou institucional (TEMER, 2020, p. 291) ou colaborar para o exercício da atividade jurisdicional (TEMER, 2020, p. 299). É válida a crítica feita por Sofia Temer (2020, p. 288), capaz de trazer à tona a reflexão sobre a *necessidade*, em alguns casos, de atuação enquanto *parte*, e não como terceiro:

A realidade, então, é que apesar da relevância da questão – e dos incontáveis exemplos que já temos em nosso sistema – ainda relutamos em reconhecer que há intervenções que se fundam unicamente na defesa do interesse público (para além daquela exercida pelo Ministério Público). Tais atuações são por vezes simplesmente carimbadas como intervenções de *amici curiae* (sem que nada seja dito sobre o regime, e sem que haja qualquer distinção em relação a atuações verdadeiramente informativas ou, ainda, economicamente engajadas). Pior: o sufocamento do terceiro interesse no processo faz com que a defesa do interesse público em juízo não receba a devida atenção, e os sujeitos que atual nesta condição sejam “apequenados”. Vigem a máxima de que um é pouco, dois é bom, três já é demais.

Isso significa que o caráter monolítico da participação vem sendo diluído, em razão da dinamicidade das relações contemporâneas, o que afeta não apenas a seara individual, como, também, a coletiva. Dessa forma, se vêm sendo repensadas a legitimidade individual e as intervenções de terceiros à luz da flexibilização procedimental, é necessário dar mais um passo, para que se pense sobre essa possibilidade na tutela coletiva, inclusive porque já há amparo normativo e dogmático para tal hipótese.

4.2.3 As partes do negócio jurídico processual sobre legitimidade extraordinária

É inafastável averiguar se o objeto da convenção processual é uma situação jurídica que envolve apenas as partes do negócio – no caso da tutela coletiva, seria o réu e o substituto processual com legitimidade ativa – ou uma situação jurídica de terceiro. Isto é, é preciso avaliar a legitimidade para o ato, porque “todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual, ou ao menos daquele que se lhe afirma titular” (CABRAL, 2020, p. 331).

Nos casos de legitimidade *ad actum* para a convenção processual, o negócio será ineficaz em relação aos terceiros cujas situações jurídicas foram indevidamente tratadas na convenção celebrada entre as partes (CABRAL, 2020, p. 333).

Segundo Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 197), normalmente, os sujeitos do negócio coincidem com as partes do processo, embora já se tenha demonstrado neste trabalho uma exceção, que é o caso da sociedade diferente da credora que integra o grupo societário (DIDIER JR., BURIL, 2020, p. 495).

No caso da legitimidade extraordinária negocial, as partes do negócio são o legitimado legal e o legitimado extraordinário negocial, já que, embora comumente os sujeitos do negócio coincidam com os sujeitos do processo, “isso, nada obstante, não exclui a possibilidade de terceiros estranhos ao processo praticarem negócios processuais” (NOGUEIRA, 2020, p. 197). É preciso, contudo, salientar a imprescindibilidade da ciência do polo passivo quanto à realização da convenção processual, mas não é necessária a sua anuência com o negócio, por não ser parte dele.

Contudo, o que se busca asseverar é que, como defendido em outras oportunidades¹⁸⁹, a participação da coletividade é necessária para que se respeite o devido processo legal coletivo, conforme evidenciado no tópico 2.1.2.2, a fim de que a coletividade tenha a oportunidade de se manifestar se considerar (ou não) o legitimado extraordinário negocial o seu representante adequado.

Assim, a coletividade não é *parte* do negócio processual, mas precisa *participar* de sua celebração, a fim de que a convenção processual não seja arbitrária e incapaz de

¹⁸⁹ VIEIRA, Debora; GÓES, Gisele Santos Fernandes; MARANHÃO, Ney. Lei da Ação Civil Pública: termo de ajustamento em matéria trabalhista e participação da coletividade. In MILARÉ, Edis (Coord.). **Lei da Ação Civil Pública após 35 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; VIEIRA, Debora da Silva; DIAS, Jean Carlos; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O acordo realizado na ACP do naufrágio do Navio Haidar em Barcarena/PA aos olhos da análise econômica do direito. In MENDONÇA, Verena; NEVES, Rafaela; RESQUE, João (Org.). **Direito Contemporâneo em debate: estudos transdisciplinares**. Editora Fi, 2020.

representar adequadamente a coletividade substituída. Para tanto, pode-se ouvir a coletividade em uma audiência pública, por exemplo.

Como será visto posteriormente, defende-se, por exemplo, a atribuição de legitimidade negocialmente às associações de fato (como ocorreu, diga-se de passagem, no TAC Governança). Dessa forma, é preciso questionar a capacidade de realização do negócio jurídico processual coincide com a capacidade processual. A capacidade processual “é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação”, de modo que a capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte (DIDIER JR., 2021, p. 427).

Por exemplo, a sociedade ou associação irregulares são representadas em juízo pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, nos termos do art. 75, IX do CPC (DIDIER JR., 2021, p. 429). Sobre o tema, Carolina Uzeda, Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach de Faria e Sofia Temer (2021, p. 167) realizaram profundo estudo acerca dos entes despersonalizados e a capacidade de ser parte, sustentando que “os conceitos de capacidade jurídica e de personalidade não se confundem: há sujeitos que não são pessoas naturais ou jurídicas e, ainda assim, detêm capacidade”. Sobre a teoria das capacidades, Marcos Bernardes de Mello (2000, p. 3) argumentou que:

Cada situação jurídica unissubjetiva tem seu conteúdo próprio compatível com sua finalidade específica. Assim, por exemplo: (a) o ser pessoa, embora tenha como conteúdo a possibilidade de ser sujeito de direito, tem a finalidade mais ampla de permitir sua inserção em polo ativo ou passivo de relações jurídicas. Quem não tem a qualidade de pessoa somente pode integrar relação jurídica, como sujeito, nos casos expressamente previstos por normas jurídicas; (b) a capacidade jurídica torna, quem seja seu titular, apto a ser sujeito de direito, portanto, a adquirir e ter direitos; (c) a capacidade de ser parte concede às pessoas e outros entes, expressamente consignados, a titularidade de pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”) e, por consequência a pretensão a poder figurar em relação jurídica processual como parte, seja autor, réu, assistente ou oponente.

Acerca da capacidade processual, Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 146) sustentou que ela se difere substancialmente da capacidade de ser parte, porque a primeira é caracterizada pela possibilidade de alguém ou algo estar pessoalmente em juízo, sem a necessidade de representação legal.

O art. 75 do CPC elencou um rol de quem serão os representados em juízo, identificando os entes despersonalizados capazes de ser parte. Ou seja, independentemente de personalização, será possível a participação como *parte* do processo judicial (UZEDA, *et al*,

2021, p. 172)¹⁹⁰. Dessa forma, o art. 75, IX do CPC possibilita a admissão dos entes despersonalizados organizados como integrantes de relações processuais e defensores dos interesses relacionados às suas situações jurídicas no Judiciário (UZEDA, *et al*, p. 174):

As possibilidades decorrentes do art. 75, IX, do CPC são amplíssimas: trata-se de uma cláusula aberta para admitir que entes despersonalizados organizados, ainda que não pré-identificados (ou tipificados), integrem relações processuais e defendam os interesses relacionados às suas situações jurídicas no Judiciário. Trata-se de uma ode à liberdade de associação, viabilizando que, independentemente de registro, esses sujeitos se façam presentes perante o Judiciário.

Se o CPC atribui capacidade processual aos entes despersonalizados, eles terão, também, capacidade para realizar negócios jurídicos processuais. Assim, entende-se que o art. 75, IX do CPC permite a atuação de grupos despersonalizados em ações coletivas, no caso, como legitimados extraordinários ativos negociais, cumulando o dispositivo com o art. 18 e com o art. 190 do mesmo Código.

4.2.4 Controle de validade judicial do negócio jurídico processual sobre legitimidade: a análise da representatividade adequada e a certificação coletiva

Como o negócio jurídico processual sobre legitimidade extraordinária é classificado como atípico, é necessário atentar ao que dispõe o art. 190, parágrafo único do CPC¹⁹¹, que traz requisitos específicos para essa modalidade de negociação processual. Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 272) identificou como requisitos de validade do negócio processual:

Objetivamente, a validade da celebração de negócios processuais supõe: a) que causa verse sobre direitos passíveis de autocomposição; b) o respeito ao formalismo processual, inclusive quanto à observância dos limites ao exercício do autorregramento da vontade no processo na existência de regra jurídica cogente em confronto com o ato que reflita o exercício do autorregramento da vontade; c) não inserção abusiva em contrato de adesão.

Muito embora se entenda pela desnecessidade de homologação ou deferimento prévios nos casos das convenções processuais em geral (CABRAL, 2020, p. 283), para a legitimidade

¹⁹⁰ Além das previsões legais, as autoras destacaram exemplos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência (UZEDA, *et al*, 2021, p. 173): “Além desses consagrados exemplos, lei, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer *personalidade judiciária* (=capacidade de ser parte), a variados entes não personalizados. É o caso (i) do Ministério Público e da Defensoria Pública; (ii) de Assembleia Legislativa e Câmara de Vereadores; (iii) de Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas; (iv) os consórcios; (v) dos fundos de investimento; (vi) do navio, dentre outros. Tais exemplos atestam a afirmação acima: havendo sujeito titular de situações jurídicas, haverá capacidade de ser parte, independentemente de sua personalização”.

¹⁹¹ Redação do art. 190, p. u. do CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

extraordinária negocial na tutela coletiva há um óbice específico que merece ser observado: a adequação da representação.

Ou seja, é *imprescindível* que o legitimado extraordinário negocial seja o representante adequado da coletividade, o que deverá ser aferido pelo juiz, no controle judicial da representatividade adequada. Por isso, a importância da decisão de certificação.

João Paulo Lordelo (2020, p. 200-201), em tese de doutoramento, defendeu que o ordenamento jurídico brasileiro tem condições de se inspirar na experiência norte-americana, com uma etapa de “certificação” da ação coletiva. Nesse sentido, o conteúdo da decisão de certificação poderá ser a existência da representatividade adequada, na decisão de saneamento e organização do processo, “uma espécie de ‘certificação à brasileira’”. Para tanto, o autor elaborou uma proposta de roteiro para controle da legitimação adequada nas ações coletivas brasileiras, devendo o juiz: 1) atentar ao *tipo de conflito* e, portanto, nível de complexidade; 2) examinar a *pertinência temática* do legitimado; 3) averiguar se há *conflitos de interesses* entre o legitimado coletivo e o grupo; 4) não havendo, avaliar o *histórico de atuação do legitimado coletivo* (LORDELO, 2020, p. 205-206).

A hipótese de se constatar a inadequação do legitimado, apenas excepcionalmente a ação será extinta sem julgamento de mérito, de modo que o caminho natural seria a *sucessão processual*, com a aplicação da regra do art. 5º, §3º da LACP (LORDELO, 2020, p. 207). Dessa forma, não haveria a necessidade de rejuizamento da ação em caso de inadequação da representação do legitimado negocial, mas apenas ocorreria a sucessão processual, para que um dos legitimados legais assumisse a condução do processo.

É interessante observar que, além da previsão da LACP, o art. 139, X do CPC prevê que o juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, deverá oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, os demais legitimados coletivos, para que promovam a propositura da ação coletiva respectiva, se for o caso. Analogicamente, entende-se que, caso se conclua pela inadequação da representação do legitimado extraordinário negocial e o processo for extinto sem resolução do mérito, o juiz deverá oficiar os legitimados legais para que, se for o caso, rejuizem a ação coletiva em defesa do respectivo direito metaindividual.

No entanto, antes de extinguir sem resolução de mérito, se for possível, é necessária a oportunização da adequação da representação: ou seja, o juiz deve indicar em quais pontos o legitimado extraordinário negocial pode aprimorar sua atuação, estabelecendo *regras de*

transição para a lapidação da sua representatividade adequada, com inspiração análoga ao art. 23 da LINDB¹⁹².

Ao questionar se o Judiciário pode formular regras de transição, Antonio do Passo Cabral (2021, p. 216) defendeu que:

Nesse cenário, devemos ter uma compreensão da decisão judicial menos voltada para sua função declarativa e mais preocupada com condutas, prognósticos e expectativas futuras. Se à segurança jurídica contemporânea devem ser incorporados valores próprios da cláusula do Estado de Direito, como previsibilidade, proteção da confiança legítima, igualdade no tempo e estabilidade na mudança de posições consolidadas (continuidade jurídica), devemos atentar para a necessidade de preocupação não só com o fato pretérito, mas também com as programações do futuro.

Dessa forma, o empoderamento da sociedade, ao poder atuar enquanto legitimada extraordinária negocial, em força centrífuga quanto ao monopólio estatal da legitimidade, merece a possibilidade de uma decisão de certificação que, em caso de inadequação da representatividade, forneça ao legitimado negocial a possibilidade de seguir um *regime de transição*, para, enfim, alcançar a representatividade adequada.

É claro que não se propõe essa ideia para os legitimados manifestamente inadequados, inclusive porque é cediço que existem até mesmo associações que preenchem os requisitos legais, mas não são idôneas. As ideias aqui expostas dizem respeito àquele legitimado negocial que poderia ser adequado, mas, por algum motivo ínfimo, não o é, podendo ser corrigido o vício na adequação da representação. Dessa maneira, o controle de validade do negócio processual deverá avaliar não apenas os requisitos específicos de validação de negócios processuais lato sensu, como, também, a adequação da representação, o que deverá ser feito por meio de decisão de certificação.

Ainda sobre a decisão de “certificação” da ação coletiva, acima referida, em que seria avaliada a adequação da representação do legitimado extraordinário negocial, é possível imaginar a hipótese de a juíza determinar a intervenção *iussu iudicis*, para que um legitimado extraordinário legal passe a intervir no processo. Muito embora não exista previsão expressa da intervenção *iussu iudicis* no ordenamento brasileiro, Lia Carolina Batista Cintra (2017, p. 221) entende que é possível se valer de uma interpretação sistemática, para concluir pela

¹⁹² Redação do art. 23 da LINDB: “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

existência da intervenção *iussu iudicis* mesmo *de lege lata*, o que não obsta a necessidade de sua previsão *de lege ferenda*.

Segundo a autora (CINTRA, 2017, p. 221):

A intervenção *iussu iudicis* é uma modalidade de intervenção coata. Se se entende por intervenção coata o ingresso de um terceiro – não necessariamente fático, mas jurídico, ou seja, citação para participar – no processo, assumindo em decorrência disso a qualidade de parte, com alguma forma de vinculação desse sujeito aos resultados o processo, é evidente que não se pode admitir genericamente a intervenção *iussu iudicis* em todas as hipóteses em que poderia ocorrer intervenção voluntária de terceiro ou intervenção coata por iniciativa da parte.

Lia Carolina Batista Cintra (2017, p. 222-223) entende que a intervenção *iussu iudicis* guarda íntima relação com as intervenções de terceiros em geral e com o litisconsórcio, tendo como norte a adequação, eficiência, proporcionalidade, inafastabilidade da tutela jurisdicional e contraditório.

Dessa forma, a autora (CINTRA, 2017, p. 225) sustentou a admissibilidade da intervenção *iussu iudicis* em dois casos: 1) quando houver litisconsórcio facultativo unitário; 2) nos casos em que terceiros podem ser afetados pela eficácia da sentença. A intervenção *iussu iudicis* será útil especialmente quando a situação indivisível se dá no polo ativo, casos em que seria difícil encontrar uma solução ideal quanto à participação dos sujeitos envolvidos e efetividade dos resultados do processo.

Nos casos em que o terceiro poderá ser afetado pela eficácia da sentença, a autora entende que a intervenção *iussu iudicis* é instrumento legítimo para defesa de seus interesses de forma mais adequada e mais ampla, representando uma importante válvula de segurança para o sistema (CINTRA, 2017, p. 228).

Seguindo essa perspectiva, é possível imaginar dois cenários: 1) as partes do negócio processual sobre a legitimidade extraordinária inserem a cláusula que estabelece o litisconsórcio necessário entre eles, caso venha a ser ajuizada ação futuramente, quando o acordo processual for feito em TAC; 2) por se tratar da tutela coletiva, em que a sentença prolatada necessariamente afetará terceiros, quando a parte do processo for o legitimado extraordinário negocial, pode a juíza determinar a intervenção *iussu iudicis* do legitimado extraordinário legal.

Assim sendo, visualiza-se ambas as hipóteses em decisão de “certificação”, que ocorrerá na etapa de saneamento e organização do processo. Inclusive, com a possibilidade de estabelecimento de um regras de transição para que o legitimado extraordinário negocial

alcance o *status* de representante adequado da coletividade, cuja adequação da representação poderá se dar, também, pela atuação em litisconsórcio com o legitimado legal.

4.2.5 Dissensos entre grupos e a delegação parcial da legitimidade: o legitimado extraordinário negocial agindo em nome de subconjunto dentro do conjunto universo

A sensibilidade dos legitimados¹⁹³, entretanto, é também um ponto fulcral para a presente pesquisa, tendo em vista a necessidade de identificação dos interesses das coletividades que substituem¹⁹⁴, sendo possível questionar se um legitimado negocial não demonstraria, por exemplo, maior aptidão na busca por tais interesses ou maior identidade com a coletividade representada. Quanto à aptidão, é possível fazer referência tanto à possibilidade de contato e diálogo com a coletividade, quanto com o investimento de capital para a defesa dos direitos coletivos envolvidos em determinado litígio.

É importante observar, ainda, a possibilidade de existência de dissensos entre os grupos da coletividade, o que Vitorelli denominou de *conflitos intraclasse* (2019, p. 408), não raro encontrados em litígios de alta complexidade. Portanto, a partir das hipóteses formuladas, pensa-se não apenas no legitimado extraordinário negocial atuando em prol da coletividade em sua totalidade, mas também na possibilidade de delegação da legitimidade para atuação em nome de parte do grupo, titular de interesses específicos. Para explicar melhor a ideia, recorre-se à Matemática, revivendo brevemente noções da teoria geral dos conjuntos.

A noção matemática de conjunto remete aos termos usualmente utilizados pela linguagem, como o conjunto de letras do alfabeto, o conjunto de vogais. Por conseguinte, cada membro do conjunto é denominado elemento, sendo possível, também, que um conjunto seja elemento de outro conjunto (IEZZI, MURAKAMI, 1977, p. 19-A).

Para tanto, o *conjunto universo* seria aquele que engloba todos os elementos envolvidos em determinado tema (IEZZI, MURAKAMI, 1977, p. 23-A), valendo-se da

¹⁹³ Com relação às indagações acerca da legitimidade atribuída pela lei aos legitimados ativos, vale ressaltar o seguinte trecho da obra de Edilson Vitorelli (2019, p. 25): “A pergunta que se coloca, nesse contexto, se refere à extensão da legitimidade atribuída aos entes intermediários: tal legitimidade permite que eles definam, livremente, a extensão e a modalidade de tutela jurisdicional a ser pleiteada em relação ao conflito coletivo? É possível pressupor que, concedida a tutela jurisdicional demandada, será atendido, de modo automático, o interesse da coletividade?”.

¹⁹⁴ Pois, como é cediço, existe uma diversidade de pretensões coletivas que, muito dificilmente, serão uniformes ou de fácil identificação para o legitimado ativo coletivo e, até mesmo, para o juiz (VITORELLI, 2019, p. 24).

metáfora matemática aqui utilizada para denominar a coletividade atingida como conjunto universo e as classes existentes dentro dela como subconjuntos¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

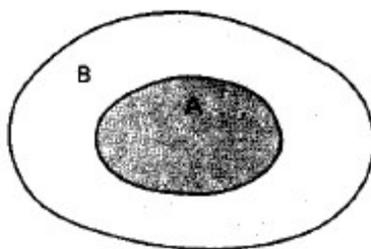
É possível imaginar, por exemplo, o conjunto universo de estudantes afetados pela suspensão das aulas em razão da pandemia da Covid-19 como o conjunto A e, pertencente a ele, os subconjuntos B e C, este segundo tendo como elementos os estudantes de Universidades Privadas e o terceiro tendo como elementos os estudantes de Universidades Públicas. Ao cogitar uma ação coletiva que verse sobre direitos estudantis em um determinado Estado, não é difícil imaginar a existência de conflitos de interesses – ou não apenas conflitos, como também interesses distintos em sua essência – entre os estudantes de Universidades Privadas e Universidades Públicas, embora todos façam parte do conjunto universo do corpo estudantil universitário.

Assim sendo, seria possível hipotetizar a delegação de legitimidade¹⁹⁷, por meio da atribuição de legitimidade extraordinária negocial ao(s) Centro(s) Acadêmico(s) de determinada(s) Instituição(ões), para atuar em nome do subconjunto dos estudantes das Universidades Privadas, para melhor representar os interesses dos titulares, sem que isso exclua o litisconsórcio com um legitimado legal e/ou a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Dessa forma, a metáfora matemática utilizada busca explicar a legitimação extraordinária negocial na tutela coletiva em duas possibilidades a nível de abrangência: 1) em nome do conjunto universo; 2) em nome do subconjunto que tenha relação de pertinência com o conjunto universo.

¹⁹⁵ Definição de subconjunto (IEZZI, MURAKAMI, 1977, p. 26-A): “Um conjunto A é subconjunto de um conjunto B se, e somente se, todo elemento de A pertence também a B. Com a notação $A \in B$ indicamos que ‘A é subconjunto de B’ ou ‘A está contido em B’ ou ‘A é parte de B’”.

¹⁹⁶ Utiliza-se o diagrama de Euler-Venn para ilustrar a ideia (IEZZI, MURAKAMI, 1977, p. 26-A):



¹⁹⁷ Entendendo que um legitimado extraordinário poderá atuar em nome de um subconjunto específico, e não necessariamente em favor do conjunto universo, tendo em vista exatamente os possíveis dissensos existentes. Isto significaria uma atuação beligerante entre os substitutos processuais dos subconjuntos? Não, a hipótese busca apenas ilustrar a possibilidade de que um legitimado processual seja o melhor porta-voz dos interesses do subconjunto, o qual está contido no conjunto universo.

Edilson Vitorelli (2019, p. 558) identificou que o problema central dos litígios irradiados é que eles abrangem interesses que não estão necessariamente alinhados (como no exemplo dos estudantes, dado acima), entre os membros da sociedade titular do direito. Por isso, é improvável que um só representante consiga dar conta de todos os interesses envolvidos no processo, até mesmo pela possibilidade de antagonismo entre tais interesses. Justamente tendo em vista esse problema, o autor sustentou a possibilidade de pluralização da representação nos litígios irradiados.

Nesses casos, seria possível que um legitimado legal realizasse negócio jurídico processual elegendo legitimado extraordinário negocial de um subconjunto (ou seja, um dos grupos interessados, dentro da coletividade atingida). É possível imaginar, também, o caso em que o antagonismo de interesses ocorresse em apenas um ato do processo, sendo admissível a delegação da legitimidade extraordinária negocial *ad actum*, para a atuação somente naquela determinada etapa processual.

4.2.6 Litisconsórcio e assistência litisconsorcial dos legitimados legais e do legitimado negocial

Como já exposto, é possível a atribuição de legitimidade extraordinária ativa negocial de duas maneiras: estendendo a legitimidade ou transferindo-a (BOMFIM, 2017, p. 134). Questiona-se, então, se a parte à qual foi atribuída a legitimação extraordinária ativa negocial atuará necessariamente em litisconsórcio com o legitimado legal na ação coletiva ou se será possível que o legitimado ativo negocial atue de maneira solo. No caso de atuação de maneira solo, é imprescindível que o Ministério Público atue como fiscal da ordem jurídica, com fundamento no art. 5º, §1º da LACP¹⁹⁸.

Caso o negócio jurídico processual seja realizado com o processo em andamento, seria caso de atribuir ao “legitimado extraordinário negocial” a qualidade de assistente litisconsorcial, em atenção ao art. 124 do CPC¹⁹⁹. É importante observar, no entanto, que a assistência litisconsorcial é uma intervenção de terceiro, a qual tem o condão de “permitir o

¹⁹⁸ Redação do art. 5º, §1º da LACP: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”

¹⁹⁹ Redação do art. 124 do CPC: “Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

ingresso daquele que interviria como litisconsorte ulterior, mas não pode fazê-lo em razão de o sistema não permitir a intervenção litisconsorcial voluntária” (CINTRA, 2016, p. 192)²⁰⁰.

O assistente litisconsorcial, apesar de ser terceiro, é equiparável à condição de parte, uma vez que o *caput* do art. 124 dispõe expressamente a sua condição de litisconsorte da parte, de tal forma que será tratado com todos os direitos, deveres e ônus inerentes à posição de parte, aplicando-se a regra geral do litisconsórcio ao assistente litisconsorcial (DELLORE, 2019, p. 416).

No entanto, embora seja feita a diferenciação entre a condição de parte e a condição de assistente litisconsorcial, é possível traçar algumas semelhanças. Sem grandes dificuldades, é possível notar que em ambos os casos há o tratamento como *parte*, e isto, novamente, repercute nas demais questões que envolvem o processo (VIEIRA, COSTA, GÓES, 2020, p. 83).

O art. 124 do CPC é claro ao afirmar que o assistente litisconsorcial é litisconsorte da parte principal e, conforme discorrido anteriormente, o assistente litisconsorcial tem o poder de dispor da lide, podendo ir além do que fizer o assistido – não estando sujeito, portanto, à submissão imposta à assistência simples. Se o assistente litisconsorcial é equiparado à parte, é equiparado, portanto, ao legitimado extraordinário negocial, que é parte (VIEIRA, COSTA, GÓES, 2020, p. 83).

Dessa forma, como não há no ordenamento jurídico brasileiro a figura do litisconsórcio ativo ulterior, entende-se possível a assistência litisconsorcial negocial, para que o legitimado extraordinário ativo negocial atue de forma equiparada à condição de parte.

No que se refere à admissão de litisconsórcio entre os legitimados legais e o legitimado extraordinário negocial, não há qualquer óbice. Dessa forma, seria possível a atuação de um Núcleo de Prática Jurídica (como legitimado extraordinário negocial) em litisconsórcio com a Defensoria Pública do Estado, inclusive porque não raro esses entes celebram termos de cooperação, o que possibilitaria a atuação conjunta e a adequação da representação.

²⁰⁰ Sobre o tema, delineou Fredie Didier Jr. (2015, p. 488): “A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior. Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido, daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária. Há litisconsórcio unitário ulterior, aplicando-se, a partir daí, todo o regramento sobre o assunto. Por isso o CPC a denomina assistência litisconsorcial.”

4.2.7 Algumas possibilidades

4.2.7.1 Entes organizados despersonalizados: associações civis que não preenchem completamente os requisitos legais, Centros Acadêmicos de Universidades, Fundações Estudantis e Núcleos de Prática Jurídica

Conforme já mencionado neste trabalho, o art. 75, IX do CPC permite um novo olhar sobre as associações de fato em juízo, sendo a primeira premissa a “dispensabilidade de previsão legal que confira a determinado agrupamento especificamente identificado a possibilidade de ir a juízo” (UZEDA, *et al*, 2021, p. 177). Carolina Uzeda, Fernanda Pantoja, Marcela Kohlbach e Sofia Temer (2021) entenderam, inclusive, que a maior parte dos exemplos de entes despersonalizados organizados presentes na doutrina e na jurisprudência são relacionados à tutela coletiva.

O primeiro exemplo dado pelas autoras (UZEDA, *et al*, 2021, p. 178) foram os povos e comunidades tradicionais, os quais serão objeto de análise na seção 4.2.7.2 deste trabalho. O segundo exemplo foram os movimentos sociais, como o Movimento dos Sem Terra e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, que são grupos não formais com a capacidade de ser parte, por terem ampla participação no cenário político e social brasileiro e, evidentemente, terem organização social, embora não possuam personalidade jurídica (UZEDA, *et al*, 2021, p. 180).

O terceiro exemplo foram as organizações profissionais que atuam no interesse de classes e setores econômicos específicos, sem que estejam organizados como associações formais ou sindicatos, como é o caso de grupos de taxistas e motoristas de aplicativo, ou pequenos produtores rurais (UZEDA, *et al*, 2021, p. 182).

O quarto exemplo²⁰¹ – especialmente interessante para este tópico – é o das comissões de formatura, centros acadêmicos e associações (irregulares) de pais e mestres, que representam agrupamentos organizados de sujeitos, sendo associações de fato, com normas internas, de modo que lhes é garantida a atuação em juízo, com base no art. 75, IX do CPC:

Interessante notar que a sua equiparação às associações (ou sociedades) de fato e a existência de sua capacidade de ser parte já eram defendidas antes do Código de Processo Civil de 2015, a partir da interpretação ampliada do art. 12, VII, do CPC/73, que se referia às sociedades irregulares (não genericamente aos entes organizados sem personalidade jurídica), justamente com o intuito de definir que tais entes organizados deveriam

²⁰¹ O quinto exemplo são os grupos com finalidade esportiva e recreativa e o sexto exemplo são as organizações religiosas (UZEDA, *et al*, 2021).

figurar em juízo para defesa de seus interesses, evitando-se o direcionamento de demandas aos próprios estudantes. As comissões de formatura já foram aproximadas às pessoas jurídicas (regularmente constituídas) – e, por consequência, distanciadas dos estudantes que a compõem – também no que tange aos requisitos para concessão dos benefícios da gratuidade para postular em juízo, o que corrobora com o ponto.

Dessa forma, sendo a hipótese aventada as associações civis que não preenchem totalmente os requisitos legais, entende-se perfeitamente possível a atribuição de legitimidade extraordinária negocial ao Movimento dos Sem Terra, por exemplo, para a atuação em uma ação coletiva. Ademais, para além da atuação como *amici curiae*, é possível imaginar a atuação de movimentos sociais como legitimados, a exemplo de movimentos identitários voltados à proteção de minorias como mulheres, comunidade LGBTQI+, portadores de deficiência, etc. (UZEDA, *et al*, 2021, p. 181), como legitimados extraordinários ativos negociais na tutela coletiva, já que são nitidamente entes despersonalizados organizados.

Por exemplo, a atuação enquanto legitimados extraordinários negociais de coletivos que visem à igualdade de gênero ou racial, como o Projeto Mulheres no Processo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o coletivo Processualistas ou o coletivo Abayomi Juristas Negras, que são nitidamente entes despersonalizados organizados. Seria possível, então, a atribuição de legitimidade negocialmente aos coletivos utilizados como exemplo, nas ações coletivas envolvendo igualdade de gênero ou racial, tendo em vista a necessidade de pertinência temática para a adequação da representação.

Quanto aos Centros Acadêmicos e Fundações Estudantis, é possível imaginar a atuação como legitimados extraordinários negociais em ações coletivas envolvendo direitos de estudantes, como no caso do exemplo dado na seção 2.5.6. Inclusive, há fundações estudantis com personalidade jurídica, a exemplo da Fundação Arcadas da Universidade de São Paulo, de tal forma que é mais factível ainda imaginar a sua atuação como legitimada ativa em uma ação coletiva envolvendo os estudantes da Universidade de São Paulo.

Por fim, a situação dos Núcleos de Prática Jurídica é um pouco distinta, pois, muito embora não tenham personalidade jurídica, são vinculados às Instituições de Ensino Superior respectivas, de modo que, quando necessário formalizar termos, por exemplo, faz-se utilizando a personalidade jurídica da Instituição. Assim sendo, é necessário observar também a peculiaridade de que os Núcleos de Prática Jurídica já atuam como assistentes jurídicos de necessitados, gozando inclusive de prerrogativas processuais semelhantes às das Defensorias Públicas, com as quais não raro firmam compromisso de colaboração institucional.

Dessa forma, é plenamente factível imaginar que uma Defensoria Pública do Estado celebre convenção processual atribuindo legitimidade extraordinária negocial a um Núcleo de Prática Jurídica para a atuação em uma ação coletiva envolvendo pessoas economicamente vulneráveis, que são, afinal, os seus assistidos.

Assim sendo, entende-se pela possibilidade de atribuição de legitimidade extraordinária negocial aos entes despersonalizados organizados, com fundamento no art. 75, IX, cumulado com os arts. 18 e 190 do CPC. Obviamente, não se deve olvidar da representação adequada da coletividade substituída, o que deverá ser averiguado caso a caso, com o devido controle judicial.

4.2.7.2 Comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais

Enfrentar essa possibilidade de negócio jurídico processual sobre legitimidade exige cuidado e respeito à sua intrínseca interdisciplinariedade, em atenção à atuação de pesquisadores do direito ambiental, direito agrário²⁰² e direitos humanos, havendo a nítida necessidade de interlocução das áreas do conhecimento, ainda que brevemente – mais uma interface do escopo sociopolítico do processo.

Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 62-63), ao abordar as tensões entre os direitos humanos²⁰³, sustentou que os direitos coletivos não fazem parte do cânone originário dos direitos humanos, havendo a tensão entre direitos individuais e coletivos, decorrente da luta histórica de grupos sociais que não são integralmente protegidos pelos direitos humanos individuais, exatamente por serem discriminados enquanto grupo. O processo, ao olhar para a perspectiva da proteção de *direitos coletivos*²⁰⁴, ampliando a voz dos grupos tradicionalmente excluídos – aqui, comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais – com a atribuição de legitimidade, mostra que persegue o seu objetivo sociopolítico.

Por que, então, a legitimidade processual às comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais? Ainda no mesmo texto, o referido autor²⁰⁵ trabalhou a tensão entre o reconhecimento da igualdade e o reconhecimento da diferença, sendo *inafastável* perceber

²⁰² Agradecimentos a Giovana Nobre, pesquisadora agrarista, pelo diálogo para a escrita deste tópico.

²⁰³ Em uma análise disruptiva dos direitos humanos vistos da perspectiva internacional, o autor apontou nove tensões existentes entre os direitos humanos: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. Cortez: São Paulo, 2013, p. 62-63.

²⁰⁴ Aqui, faz-se alusão à terminologia utilizada por Boaventura de Sousa Santos, e não à conceituação tradicionalmente estudada no direito processual para a tipologia dos direitos coletivos.

²⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 78-79.

que a luta contra a discriminação e exclusão não é uma luta pela homogeneização à cultura dominante e suas instituições, mas sim pelo reconhecimento da diferença como modo de transformação cultural e institucional, para verdadeiramente contemplar tais grupos, transcrevendo-se a célebre frase do autor: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa”. O reconhecimento do direito à diferença com a atribuição de legitimidade às comunidades indígenas e quilombolas para a atuação na tutela coletiva é uma conquista, sobretudo, de *voz*.

Discorrendo sobre diversas situações problemáticas oriundas da desconexão entre o legitimado e a coletividade, Edilson Vitorelli (2019, p. 392-393) sustentou que os processualistas brasileiros concentraram os debates em torno da legitimidade coletiva ao longo da década de 1990 e dos anos 2000, argumentando que a controvérsia seria teoricamente interessante, mas de utilidade concreta duvidosa, pois “raramente extraem consequências práticas de suas definições ou, quando o fazem, essas consequências são perfeitamente intercambiáveis com a corrente oposta”.

Especificamente sobre esse ponto, discorda-se do autor. Transbordando as barreiras da discussão sobre a natureza jurídica da legitimidade ativa coletiva – importante na prática e na teoria –, é necessário voltar o olhar para quem compõe o rol de legitimados à propositura de ações coletivas (e celebração de TAC, diga-se de passagem). Os problemas da representatividade e da legitimidade caminham juntos, conforme inclusive sinaliza a possibilidade de que as comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais sejam legitimadas à propositura de ações coletivas com possível previsão em lei infraconstitucional²⁰⁶.

Quem seria mais sensível às lutas e problemas desses grupos, senão eles mesmos? Por que outro falar no megafone, ao invés do próprio grupo historicamente reprimido e cujos direitos são continuamente violados?

A Convenção nº 169 da OIT reconheceu as aspirações dos povos indígenas e tribais em “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões”, tendo o direito de escolher suas prioridades quanto ao seu processo de desenvolvimento, além de participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que porventura vierem a afetá-los, de acordo com o art. 7.1 da Convenção²⁰⁷.

²⁰⁶ Já que os PLs 4.441/20 e 1.641/21 propõem ampliação do rol legal nesse sentido.

²⁰⁷ Em 2019, a Convenção 169 da OIT foi revogada pelo Governo Federal, sendo agora o anexo LXXII do Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.

Então, por partes: embora as situações das comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais pareçam ser juridicamente semelhantes, não se confundem, sendo necessário tecer algumas considerações.

O art. 232 da Constituição da República prevê que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Constitucionalmente, as comunidades indígenas são legitimadas ativas à tutela coletiva, ou seja, não seria necessário negócio processual a esse respeito. Ainda, o art. 37 do Estatuto do Índio prevê a legitimidade dos grupos tribais ou comunidades indígenas para a defesa de seus direitos em juízo.

Até o Código Civil de 1916, o indígena era considerado relativamente incapaz, situação distinta no Código Civil vigente, o qual dispõe que “a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”. É evidente a feição paternalista do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de buscar “tutelar” o indígena, o que suscita profundas críticas.

Sobre a cidadania dos povos indígenas na América Latina, Jane Beltrão e Assis da Costa Oliveira (2010, p. 248) argumentaram que o embate entre as definições político-ideológicas de cidadania produz conflitos permanentes em três pontos:

- (1) direitos individuais e direitos coletivos, (2) soberania política estatal e autonomia dos povos indígenas, e (3) graus assimétricos de reconhecimento normativo dos marcadores sociais da diferença, em especial àqueles constituintes da livre determinação dos povos indígenas.

Percebe-se que as três noções dialogam entre si, especialmente no que se refere aos direitos coletivos e à autonomia da comunidade indígena, inclusive para pleitear seus interesses em juízo enquanto grupo.

É interessante pontuar que Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021) ponderaram que as comunidades indígenas têm capacidade e legitimidade para defender seus direitos em juízo, sendo admissível excepcionalmente a realização de negócio jurídico processual no sentido de atribuir a outrem a legitimidade extraordinária para a tutela dos direitos desse grupo.

Uma vez que a Constituição da República já prevê a legitimidade das comunidades indígenas para a defesa de seus direitos coletivos, eventual negócio processual nesse sentido repetiria previsão constitucional, o que não faz sentido. O mesmo não ocorre com as comunidades quilombolas e povos tradicionais, seguindo para abordagem específica nos próximos parágrafos.

O art. 68 do ADCT dispõe que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos”. Não há, então, previsão específica para a defesa de direitos coletivos, de modo que aqui o negócio processual sobre legitimidade recebe maior destaque.

Os maiores conflitos envolvendo as comunidades quilombolas são aqueles referentes a regulamentação fundiária. Para cumprir as palavras do art. 68 do ADCT, é preciso que a comunidade quilombola seja reconhecida enquanto tal, o que ocorre por meio de processo administrativo que tramita na Fundação Cultural Palmares. A comunidade quilombola precisa ser certificada e, após a certificação, apresenta-se o pedido de titulação da terra perante o INCRA, nos termos do Decreto nº 4.887/2003.

Em outras palavras: embora o art. 2º, §1º sustente que “a caracterização dos remanescentes dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade”, logo adiante, o art. 3º, §4º do mesmo Decreto dispõe que a autodefinição será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, a qual expedirá certidão respectiva. Um árduo processo administrativo, que lamentavelmente culmina em uma conclusão: autodefinição, *pero no mucho*.

Quanto ao processo de titulação de terra, o Decreto determina, em seu art. 17, parágrafo único, que as comunidades serão representadas por suas *associações legalmente constituídas*. Isso quer dizer que: a comunidade quilombola só será reconhecida como comunidade quilombola após a expedição da certidão na Fundação Palmares e, para a representação da comunidade quilombola nos processos administrativos, é necessária uma associação legalmente constituída²⁰⁸. Nota-se a existência de muitos degraus para a atuação das comunidades quilombolas na defesa de seus direitos, mesmo que administrativamente. O que um negócio processual atribuindo legitimidade à comunidade quilombola teria a contribuir?

Uma vez que as comunidades quilombolas precisam constituir associações para atuar na via administrativa, isso significa que elas, enquanto associações, têm legitimidade para a propositura de ações coletivas, a exemplo da ação ajuizada pela Associação Quilombola Pró-Reintegração Invernada Paiol de Telha Fundão contra a União e o INCRA, pleiteando a titulação definitiva do território da comunidade em prazo razoável²⁰⁹.

²⁰⁸ De forma mais didática, a explicação da Comissão Pró-Índio de São Paulo: <https://cpisp.org.br/direitosquilombolas/caminho-da-titulacao/>.

²⁰⁹ Disponível em: Terra de Direitos, <https://www.terradedireitos.org.br/acervo/banco-de-peticoes>.

É possível imaginar uma situação em que, mesmo que não exista a associação e a certificação da Fundação Palmares, a comunidade quilombola, fazendo uso de sua autoidentificação e autodefinição, ingresse com ação coletiva como ente despersonalizado organizado, conforme inclusive autoriza o art. 75, IX do CPC ao dispor que serão representados em juízo “a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens”. O art. 75, IX prevê a capacidade dos entes despersonalizados (UZEDA, *et al*, 2021), de modo que negócio processual atribuindo legitimidade extraordinária à comunidade quilombola seria um belo acabamento técnico para algo que o constituinte deixou de dispor expressamente.

Em caso de argumentação no sentido de que as comunidades não teriam condições de dar prosseguimento a uma ação civil pública a respeito de seus direitos, seja por vulnerabilidade econômica ou informacional, o Ministério Público obrigatoriamente atuará como fiscal da ordem jurídica caso não atue como legitimado, aparando essa aresta.

Tecidas essas considerações, alguns dados: 1) atualmente, existem apenas 134 terras tituladas e 1.767 terras quilombolas em processo de titulação²¹⁰, embora a previsão do art. 68 do ADCT já tenha completado 32 anos; 2) a ideia de que a população indígena vive exclusivamente nas terras indígenas oficialmente reconhecidas é incompatível com a realidade, segundo Censo do IBGE²¹¹ realizado em 2010, então é possível imaginar a propositura de ações civis públicas para a defesa de direitos de comunidades indígenas que vivam em terras oficialmente reconhecidas, áreas rurais e áreas urbanas; 3) não raro, desastres ambientais atingem diretamente comunidades indígenas e quilombolas, como é o caso da comunidade quilombola que vive no território de Pontinha²¹², em Minas Gerais, atingida pelo rompimento da barragem de Brumadinho, que relatou sofrer dificuldades para se reerguer durante a crise sanitária da pandemia da Covid-19, sem receber amparo para tanto.

A visão da justiça como instância de discussão de políticas públicas vem sendo continuamente debatida pelos estudiosos da tutela coletiva. É necessário pensar no processo como possibilidade de levantar discussões para metamorfosear a realidade por meio de “estímulos, pressões, exigências sociais e políticas” (SANTOS, 1986, p. 23-24), com possibilidade de impacto. A conquista da voz, expressa pela legitimidade das comunidades indígenas e quilombolas à propositura de ações civis públicas, é uma forma de exercer esse

²¹⁰ Dados disponíveis em observatório da Comissão Pró-Índio de São Paulo: <https://cpisp.org.br/>.

²¹¹ Fonte: <https://indigenas.ibge.gov.br/pt/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/os-indigenas-no-censo-demografico-2010>.

²¹² Notícia disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/comunidade-quilombola-sofre-impactos-do-desastre-de-brumadinho-e-da-crise-sanitaria-no-brasil>.

impacto, seja em ocasiões em que o dano já ocorreu, ou com o pedido de tutela de provisória em casos em que não foi feita a consulta prévia (ao invés de ter que apresentar representação ao Ministério Público, para que ele atue²¹³).

É inegável que a possibilidade de negócio processual no sentido de atribuir legitimidade às comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais guarda raízes sociais e políticas com o que foi plantado no solo da história brasileira (CALMON DE PASSOS, 2016, p. 60), eis que representa a possibilidade de tomada do megafone e conquista da voz por povos centenariamente silenciados. *Pra não dizer que não falei das flores*, já passou da hora.

²¹³ A exemplo da representação da Terra de Direitos, solicitando a instauração de inquérito civil para a investigação do caso, em razão da construção de portos em Santarém/PA sem a realização de consulta às comunidades quilombolas: <https://www.terradedireitos.org.br/acervo/banco-de-peticoes/2>.

5 O POUSO: CONCLUSÃO

Dentro de instantes, pousaremos. Mantenham os encostos das poltronas na posição vertical e suas mesas fechadas e travadas. Após a decolagem, enxergou-se novos horizontes para a legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária ativa negocial. Quando se vislumbra um novo território, há, inevitavelmente, o receio do desconhecido. Em se tratando de uma viagem aérea, há sempre o risco de acabar o combustível ou de perder a comunicação da cabine com outros aviões e com os tripulantes.

Não se desconsiderou as viagens antes feitas, muito pelo contrário. Foi preciso percorrer itinerários classicamente traçados para, então, elaborar o novo cálculo da rota. Para tanto, a pesquisa bibliográfica abrangeu desde autores clássicos até autores contemporâneos, revisitando a legitimidade e explorando os negócios jurídicos processuais.

Iniciou-se a abordagem traçando o plano de voo, o qual partiu da legitimidade ativa na tutela coletiva. A legitimidade é um tema clássico, não só para o processo, mas, também, para a sociologia jurídica, ciência política e filosofia, sendo um tema tão profundo quanto sua interdisciplinariedade. Por isso, neste trabalho, analisou-se a legitimidade a partir da teoria geral do processo, ou seja, como conceito lógico-jurídico.

Inicialmente, a doutrina majoritária adotava o posicionamento liebmaniano das “condições da ação”, sendo a legitimidade uma delas, ao lado do interesse e da possibilidade jurídica do pedido. No entanto, adotou-se posição contrária à existência das “condições da ação”, de modo que a legitimidade seria um pressuposto processual. Isto porque, partindo de Calmon de Passos (1960) a Fredie Didier Jr. (2000), existem argumentos pela inexistência das “condições da ação”, já que elas condicionariam o direito de ação, que é, constitucionalmente, incondicionado. Ademais, o CPC vigente aboliu a utilização do termo, o que enuncia não apenas o requiém das condições da ação, como seu sepultamento.

Em consonância com o posicionamento de Thereza Alvim (1996, p. 84), a legitimação processual ordinária seria, portanto, um dos pressupostos processuais, premissa também corroborada por Fredie Didier Jr. (2005, p. 215), o qual afirmou que a legitimação extraordinária não se confunde com o mérito da causa.

Fez-se a diferenciação entre legitimidade ordinária e extraordinária, de modo que a legitimidade ordinária seria o ortônimo de Fernando Pessoa, já que o poeta lusitano, em nome próprio, “não o sabe e sabe bem”²¹⁴. Por sua vez, Alberto Caeiro, Ricardo Reis e Álvaro de

²¹⁴ Poema referenciado na processualística poética, já que o avião está aterrissando:

Campos atuam em nome próprio, na defesa de direito alheio: o de Pessoa, já que, “para uma teoria dos heterônimos, é óbvia a metáfora de que dores e desejos não cabem em uma única vida, por isso fabulam-se díspares *personae* (‘máscaras’)”²¹⁵.

Ou seja, a legitimidade extraordinária ocorre quando há a descoincidência entre a parte da relação jurídica processual e da substancial, havendo descoincidência entre o sujeito da relação jurídica processual e o titular do direito de ação, portanto (ALVIM, 1996, p. 94). Entendeu-se que legitimidade extraordinária é sinônimo de substituição processual, termo cunhado primeiramente por Giuseppe Chiovenda (1936, p. 229) e por ele definida como pressuposto processual autônomo (CHIOVENDA, 1922, p. 116).

Ao analisar a legitimidade na tutela coletiva, destacou-se que a previsão legislativa se encontra nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, de modo que a opção do sistema brasileiro foi a de restringir a legitimidade para alguns órgãos e entes que o legislador considerou como adequados para atuar em nome da coletividade.

Dessa forma, a escolha do porta-voz da coletividade é desafiadora, de modo que a participação dos cidadãos – individualmente ou em grupos organizados – e a ampliação dos conceitos de legitimidade e interesse das partes amplificam a democratização da administração da justiça, no que diz respeito à formatação interna do processo, em busca de uma “nova política judiciária” (SOUSA SANTOS, 1986, p. 28). Assim, Owen Fiss (2017, p. 136) identificou três componentes distintos para o conceito de autor da ação coletiva: 1) vítima; 2) representante; 3) beneficiário. Por isso, é importante perceber que a legitimidade, a representação adequada e a participação na tutela coletiva são institutos intimamente relacionados (quicá indissociáveis).

“Tudo que faço ou medito
Fica sempre na metade.
Querendo, quero o infinito.
Fazendo, nada é verdade.

Que nojo de mim me fica
Ao olhar para o que faço!
Minha alma é lúcida e rica,
E eu sou um mar de sargaço —

Um mar onde bóiam lentos
Fragmentos de um mar de além...
Vontades ou pensamentos?
Não o sei e sei-o bem.”

(Fernando Pessoa, 13/09/1933)

²¹⁵ Trecho extraído de matéria escrita por Carlos Adriano para a Revista Quatro Cinco Um (edição de julho de 2021), intitulada “Vidas Fingidas: sai em inglês a magnífica biografia de Fernando Pessoa escrita por Richard Zenith”.

Por isso, ao abordar a representatividade adequada, demonstrou-se que há uma corrente que é contra o controle judicial, ao passo que outra é a favor o controle judicial da representação adequada no caso concreto, traçando um breve paralelo entre o modelo brasileiro e a representatividade adequada no sistema estadunidense, de acordo com a previsão da *Rule 23*.

Ao elaborar o novo cálculo da rota da legitimidade processual, analisou-se os negócios jurídicos processuais e a legitimidade extraordinária ativa negocial no plano da tutela individual. A título de considerações introdutórias sobre as convenções processuais, esclareceu-se que o tema não é novo, nem na perspectiva brasileira, tampouco no contexto mundial e histórico. É inegável, contudo, que o CPC/15 revigorou as discussões sobre a temática no Brasil, seja por trazer novas hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos, ou, principalmente, em razão da cláusula geral de negociação atípica, disposta no art. 190 do Código.

Por isso, abordou-se a teoria do fato jurídico a partir do pensamento ponteano, com análise também da obra de Marcos Bernardes de Mello, para que se chegasse à teoria dos fatos jurídicos processuais e, finalmente, aos negócios jurídicos processuais. Demonstrou-se que, por dialogar com o caráter público do processo e com a autonomia da vontade das partes, as discussões sobre negócios jurídicos processuais têm a ver diretamente com o debate entre publicismo e privatismo. No contexto brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira analisou as convenções das partes em matéria processual, em 1984.

É importante perceber que a flexibilização procedimental também é tema estudado há muito pela doutrina nacional, valendo destaque à obra de Fernando Gajardoni (2008, p. 86) sobre o tema. Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 38), em seus *Ensaio sobre a Processualidade*, reconheceu a necessidade de flexibilização e adaptação do procedimento, inclusive com a possibilidade de diálogo entre os procedimentos. É interessante observar que esta última hipótese é de veras trabalhada por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2021), no livro que buscam uma nova teoria dos procedimentos especiais.

O que se busca demonstrar é que a flexibilidade do procedimento vem sendo estudada sob diversas perspectivas, especialmente em razão das diversas cláusulas gerais processuais. O processo pode ser flexibilizado, a título de exemplificação, por ato concertado em cooperação judiciária nacional (art. 69, §2º, CPC), pela utilização de medidas executivas atípicas (art. 139, IV, CPC), pela utilização das medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória (art. 297, CPC), pela utilização das medidas necessárias ao cumprimento de

sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer (art. 536, §1º, CPC), ou, finalmente, pela celebração de negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos (art. 190, CPC).

Como hipótese atípica, viu-se que a abertura semântica da cláusula geral do art. 190, conjugada com a nova redação do art. 18 do CPC, permitem a realização de negócio jurídico processual sobre a legitimidade extraordinária. Isto porque o art. 18 do Código dispõe que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo *ordenamento jurídico*”, o que se difere da redação do CPC/73, que dispunha que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por *lei*”, sendo majoritário naquele contexto o entendimento de que não seria possível a substituição processual voluntária.

Demonstrou-se que, sob a vigência do CPC/39, Arruda Alvim (1971, p. 502) entendeu que seria possível a substituição processual oriunda da vontade das partes, apesar de ter mudado seu entendimento após a vigência do CPC/73 (ARRUDA ALVIM, 2002, p. 2). Também sobre a mudança de entendimento, Ephraim Campos (1985, p. 72) sustentou que deveria ser afastada a ideia de substituição processual voluntária, ainda que fosse possível sob a vigência do CPC/39.

Após a vigência do CPC/15, as discussões sobre a substituição processual voluntária ressurgiram como uma fênix, em razão da cláusula geral de negociação atípica, sob o argumento de que negócio jurídico processual poderia ser fonte normativa para a legitimação extraordinária (DIDIER JR., 2016, p. 243). Isto porque a convenção processual deve ser interpretada como norma (CABRAL, 2020, p. 184). Ademais, o acordo processual faz parte do ordenamento jurídico, já que negócio jurídico é fato criador do direito, nas palavras de Hans Kelsen (1998, p. 179).

Também foi demonstrado que a hipótese de legitimidade extraordinária negocial já foi aceita pela jurisprudência brasileira, conforme julgamento do agravo de instrumento nº 1.0024.10.159468-7/011, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Desembargador Kildare Carvalho, publicado em 26/01/2018, em que o tribunal entendeu lei complementar é instrumento normativo idôneo para definir quem será sujeito passivo da relação jurídico-tributária (art. 146, CR), ao passo que as convenções particulares não afetam a pretensão creditícia do fisco (art. 123, CTN), já que o acordo não expressa a assunção de dívida, uma vez que não houve a transmissão sem reservas de posição obrigacional, mas tão somente foi criada a possibilidade de legitimidade extraordinária, a qual é concorrente, o que não causaria prejuízos à agravante.

Entrementes, é possível a realização de negócios jurídicos processuais na tutela coletiva, inclusive em razão da existência da Resolução nº 118/2014 d CNMP, tendo em vista que os direitos na tutela coletiva são indisponíveis, mas não intransigíveis – o que atinge, também, a possibilidade de negociar sobre o processo.

Fredie Didier Jr. (2000, p. 66) sustentou que “escrever *de lege ferenda* é sempre um ato meio quixotesco”. O trabalho desenvolvido tem abordagem *de lege lata*, mas também parece ser, à primeira vista, uma aventura²¹⁶ de Dom Quixote e Sancho Panza. Todos sabem que o cavaleiro da obra de Cervantes começou a sua aventura através da leitura: “com efeito, foi ficando tão obcecado com essa leitura, que a ler passava as noites de claro em claro e os dias de turvo em turvo. E assim, o pouco dormir e o muito ler se lhe secaram de tal maneira o cérebro, que acabou por perder o juízo”. Longe se se entender como Alonso Quijano, por essas e outras, escrever *de lege ferenda* talvez seja um ato meio quixotesco, tanto quanto a processualística poética escrita *de lege lata* neste trabalho.

Ao decolar com o avião, enxergou-se novos horizontes para a legitimidade na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária ativa negocial. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 229-230), Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 302) e Alexandre Magalhães Jr. (2020, p. 179) sustentaram que a legitimação extraordinária negocial seria inadmissível na tutela coletiva. Embora os argumentos dos autores sejam plausíveis, discorda-se da conclusão, de modo que se tentou, ao longo do trabalho, formular uma série de propostas para a criação de balizas para a legitimidade extraordinária negocial na tutela coletiva.

Sendo a legitimidade um atributo transitivo e verificada a partir de um determinado estado de fato (CABRAL, 2009, p. 43), um processo verdadeiramente participativo deve incluir nos debates, da melhor forma possível, os diretamente afetados pela decisão judicial, a fim de garantir a representação adequada da maior diversidade de entendimentos possíveis (ROLO, 2016, p. 231-232), o que remete diretamente à “nova política judiciária” enunciada por Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 28).

Não se busca “ampliar” o rol dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, até porque para isso seria necessária iniciativa legislativa. Não é adequado esquecer que existem três projetos de

²¹⁶ Da principal referência literária lusitana à principal referência literária espanhola, cita-se trecho inicial da obra de Miguel de Cervantes (2005, p. 48): “Por fim, perdido o resto de juízo que ainda conservava, ocorreu-lhe o mais estranho pensamento que jamais passara pela cabeça de outro louco neste mundo: pareceu-lhe conveniente e necessário tanto para o engrandecimento de sua honra como para proveito da república, fazer-se cavaleiro andante, e sair pelo mundo com armas e cavalo, em busca de aventuras, e a exercitar-se em tudo o que havia lido acerca das práticas dos cavaleiros andantes, desfazendo todo gênero de agravos, enfrentando agruras e perigos, a fim de que, vencendo, pudesse granjear fama e nome eternos”.

lei em andamento com o objetivo de promulgar uma Nova Lei da Ação Civil Pública, sob os números 4.441/20, 4.778/20 e 1.641/21. Em todos os projetos há previsões que impactam diretamente a legitimidade ativa na tutela coletiva e a representatividade adequada, seja pela ampliação do rol de legitimados, seja pela previsão de requisitos severos para a averiguação da adequação da representação.

Concluiu-se pela possibilidade de realização de negócio jurídico processual sobre a legitimidade ativa na tutela coletiva, inserindo-o, por exemplo, em termo de ajustamento de conduta, ou realizando-o no curso do processo, situação em que o legitimado extraordinário negocial seria, na verdade, assistente litisconsorcial, tendo em vista a ausência do litisconsórcio ativo ulterior no ordenamento jurídico nacional. Entende-se que a dogmática rígida é insuficiente para dar conta da complexidade dos litígios nos tempos hodiernos, especialmente em razão da realidade cambiante que remete os estudiosos do direito processual civil à necessidade de repensar institutos basilares do processo: aqui, a legitimidade.

Após a análise dos conceitos de *parte* e *terceiro*, entendeu-se que nem sempre as intervenções de terceiros serão suficientes, de modo que há situações em que é necessária a atuação como *parte*, o que justifica a realização de negócio jurídico processual. Se as intervenções de terceiros bastassem, não seria necessária a legitimidade extraordinária negocial sequer no âmbito da tutela individual, valendo o mesmo raciocínio para a tutela coletiva. Para tanto, é indispensável a observância do interesse jurídico existente em cada situação, tanto da parte, quanto do terceiro, a fim de demonstrar que, em determinados casos, a legitimidade extraordinária ativa negocial será não só cabível, como necessária.

No entanto, o negócio jurídico processual analisado não pode ser feito sem a existência de balizas, as quais são, necessariamente, as previstas para os negócios jurídicos em sentido lato, as dispostas no art. 190, parágrafo único do CPC e a representação adequada. Ou seja, o juiz deverá realizar o controle de validade do negócio e o controle da representatividade adequada no caso concreto, o que se dará por meio de decisão de certificação, na etapa de saneamento.

Ressaltou-se a necessidade de respeito ao devido processo legal coletivo, com a abertura da possibilidade de participação da coletividade, para que se manifeste sobre a adequação ou não do legitimado extraordinário negocial como seu substituto processual. A coletividade não seria *parte* do negócio processual, mas precisa *participar* de sua celebração, para que a convenção processual não seja arbitrária e incapaz de representar adequadamente a

coletividade substituída. Seria possível, então, ouvir a coletividade em uma audiência pública, por exemplo.

Muito embora se entenda pela desnecessidade de homologação ou deferimento prévios de convenções processuais em geral, no que diz respeito à legitimidade negocial na tutela coletiva é necessário o controle de validade judicial do acordo processual, já que é imprescindível a existência da adequação da representação. Ao controlar judicialmente a representatividade adequada, o juízo também realizará o controle de validade do negócio, na etapa de “certificação” da ação coletiva, que se dá na fase de saneamento e organização do processo, como “uma espécie de ‘certificação à brasileira’” (LORDELO, 2020, p. 200-201).

Caso seja considerado inadequado o legitimado, apenas excepcionalmente a ação será extinta sem julgamento de mérito, pois o caminho natural é a sucessão processual, com a aplicação da regra do art. 5º, §3º da LACP (LORDELO, 2020, p. 207). Dessa maneira, caso o legitimado negocial seja um representante inadequado, apenas ocorreria a sucessão processual, para que um dos legitimados legais assumisse a condução do processo.

Antes de extinguir sem resolução de mérito, o juízo deve oportunizar a adequação da representação, indicando em quais pontos o legitimado extraordinário negocial poderia aprimorar sua atuação, estabelecendo *regras de transição* para a lapidação da representatividade adequada, com inspiração no art. 23 da LINDB. Obviamente, esta possibilidade não seria aplicável aos legitimados extraordinários negociais *manifestamente* inadequados, como nos casos das associações claramente inidôneas.

Ainda sobre a decisão de “certificação”, defendeu-se a hipótese de intervenção *iussu iudicis* em dois cenários: 1) quando as partes do negócio jurídico processual sobre legitimidade inserirem cláusula que estabelece o litisconsórcio necessário entre eles, caso venha a ser ajuizada ação futuramente, quando o acordo processual for firmado em TAC; 2) por se tratar de ação coletiva, em que a sentença prolatada necessariamente afetará terceiros, quando a parte do processo for o legitimado extraordinário negocial atuando de maneira solo, entende-se viável a determinação judicial para que ocorra a intervenção *iussu iudicis* do legitimado extraordinário legal.

Pensou-se, ainda, em hipótese em que um legitimado legal realiza um negócio jurídico processual elegendo legitimado extraordinário negocial para atuar em prol dos interesses de um subconjunto (isto é, um dos grupos interessados, dentro da coletividade atingida). Imaginando a possibilidade de que o antagonismo de interesses ocorresse apenas em um ato do processo, admite-se a delegação da legitimidade extraordinária negocial *ad actum*, para a atuação exclusivamente naquela etapa processual.

Viu-se que, nos casos em que o Ministério Público não atuar como litisconsorte do legitimado extraordinário negocial, ele deverá atuar como fiscal da ordem jurídica, o que já é uma previsão da LACP, não havendo novidade quanto a isso.

Por fim, a hipótese foi testada, demonstrando-se a viabilidade da atuação de entes despersonalizados organizados como legitimados extraordinários ativos negociais, a exemplo de associações que não preencham os requisitos legais, movimentos sociais, Centros Acadêmicos e Fundações Estudantis. Isto porque Carolina Uzeda, Fernanda Pantoja, Marcela Kohbalch e Sofia Temer (2021) lançaram novas luzes sobre o art. 75, IX do CPC, o qual dispõe sobre a atuação dos grupos despersonalizados organizados em juízo.

Assim, seria possível a atuação do Movimento dos Sem Terra e do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto como legitimados extraordinários negociais, que são grupos não formais com a capacidade de ser parte, por terem ampla participação no cenário político e social brasileiro e, evidentemente, terem organização social, embora não possuam personalidade jurídica (UZEDA, *et al*, 2021, p. 180).

Seria possível, também, a atuação de organizações profissionais no interesse de classes e setores econômicos específicos, sem que estejam organizadas como associações formais ou sindicatos (UZEDA, *et al*, 2021, p. 182). Ademais, seria viável que as comissões de formatura, centros acadêmicos e associações (irregulares) atuassem como legitimados extraordinários negociais na tutela coletiva referente aos seus respectivos interesses e ramos de atuação, pois representam agrupamentos organizados de sujeitos, sendo associações de fato, com normas internas.

Vislumbra-se a hipótese de atribuição de legitimidade extraordinária ativa negocial a movimentos sociais, como grupos identitários voltados à proteção de minorias como mulheres, comunidade LGBTQI+, portadores de deficiência, entre outros, exatamente por se encaixarem como grupos despersonalizados organizados (UZEDA, *et al*, 2021, p. 181).

Seria viável a atuação como legitimados extraordinários ativos negociais na tutela coletiva de organizações que visem à igualdade de gênero ou racial, como o Projeto Mulheres no Processo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o coletivo Processualistas ou o coletivo Abayomi Juristas Negras, que são nitidamente entes despersonalizados organizados. Assim, seria possível a atribuição de legitimidade negocialmente aos coletivos utilizados como exemplo, nas ações coletivas envolvendo igualdade de gênero ou racial, tendo em vista a necessidade de pertinência temática para a adequação da representação.

No que se refere aos Centros Acadêmicos, seria viável a atuação como legitimados negociais em ações coletivas envolvendo direitos dos estudantes. Há, inclusive, fundações

estudiantis com personalidade jurídica, a exemplo da Fundação Arcadas da Universidade de São Paulo, sendo factível imaginar a sua atuação como legitimada ativa em uma ação coletiva envolvendo estudantes da Universidade de São Paulo. Enquanto hipótese de ente despersonalizado organizado na defesa dos estudantes, vê-se a possibilidade de atuação da Associação Brasileira de Estudantes de Direito Processual, substituindo processualmente os estudantes em causa coletiva que seja de seu interesse.

Quanto aos Núcleos de Prática Jurídica, a situação é um pouco diferenciada, pois, embora não tenham personalidade jurídica, são vinculados às Instituições de Ensino Superior respectivas, utilizando a personalidade jurídica da Instituição. É interessante observar que Núcleos de Prática Jurídica já atuam como assistentes jurídicos de necessitados, gozando inclusive de prerrogativas processuais semelhantes às das Defensorias Públicas, com as quais comumente firmam compromisso de colaboração institucional.

A partir de outra perspectiva, vislumbrou-se a atuação das comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais em prol de seus próprios interesses. Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 62-63), ao abordar as tensões entre os direitos humanos²¹⁷, sustentou que os direitos coletivos não fazem parte do cânone originário dos direitos humanos, havendo a tensão entre direitos individuais e coletivos, decorrente da luta histórica de grupos sociais que não são integralmente protegidos pelos direitos humanos individuais, exatamente por serem discriminados enquanto grupo. O processo, ao olhar para a perspectiva da proteção de *direitos coletivos*, ampliando a voz dos grupos tradicionalmente excluídos – aqui, comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais – com a atribuição de legitimidade, mostra que persegue o seu objetivo sociopolítico.

A Convenção nº 169 da OIT reconheceu as aspirações dos povos indígenas e tribais em “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões”, tendo o direito de escolher suas prioridades quanto ao seu processo de desenvolvimento, além de participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que porventura vierem a afetá-los, de acordo com o art. 7.1 da Convenção.

O art. 232 da CR prevê que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Constitucionalmente, as comunidades

²¹⁷ Em uma análise disruptiva dos direitos humanos vistos da perspectiva internacional, o autor apontou nove tensões existentes entre os direitos humanos: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. Cortez: São Paulo, 2013, p. 62-63.

indígenas são legitimadas ativas à tutela coletiva. Ainda, o art. 37 do Estatuto do Índio prevê a legitimidade dos grupos tribais ou comunidades indígenas para a defesa de seus direitos em juízo. Dessa forma, não seria necessário negócio jurídico processual para atribuir legitimidade às comunidades indígenas, mas seria possível que a comunidade indígena realizasse convenção processual para delegar a legitimidade extraordinária a quem melhor lhe substituir em juízo, caso queira.

O art. 68 do ADCT dispõe que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos”. Não há, então, previsão específica para a defesa de direitos coletivos, de modo que aqui o negócio processual sobre legitimidade recebe maior destaque. Assim, a comunidade quilombola e os povos tradicionais poderão atuar como entes despersonalizados organizados, com base no art. 75, IX do CPC, de tal forma que acordo processual atribuindo legitimidade extraordinária à comunidade quilombola seria um belo acabamento técnico para algo que o constituinte deixou de dispor expressamente.

Sendo as asas metálicas, de ossos e penas ou metafóricas, o importante é que o voo foi realizado e todos pousaram em segurança. Espera-se que o novo itinerário descoberto contribua para a ciência do direito processual, pois, como Fernão Capelo Gaivota, buscou-se realizar novas manobras, ciente da necessidade de continuar aprendendo a voar.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, P. 569-585.
- ARRUDA ALVIM. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. **Revista de Processo**, vol. 106/2002, versão eletrônica.
- ARRUDA ALVIM. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALVES, Rubem. **Educação dos sentidos: conversas sobre a aprendizagem e a vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.
- ALVIM, Thereza. **O Direito Processual de Estar em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.
- APARÍCIO, Marcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistemática e Tópica na interpretação do ordenamento**. Manole: Barueri, 2006, p. 1-32.
- ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A regulação dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Nacional. **Civil Procedure Review**, V.11, N. 2, 2020.
- BARBI, Marcelo. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In* **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 3, versão eletrônica, Out/2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual: Primeira Série**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, vol. 61/1991, versão eletrônica, Jan-Mar/1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, vol. 77/1995, versão eletrônica, Jan-Mar/1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual: Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, povos & cidadanias indígenas: inscrições constitucionais e direitos étnicos na América Latina. **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**, 2010.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 86, Abril/Junho – 2014, p. 127-142.

BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana. In ZUFELATO, Camilo, *et al.* (Coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; et al (Coord.). **Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 117-138.

BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito brasileiro. **Tese de Doutorado (PPGD/UFBA)**. Salvador, 2015.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco – TAC Governança**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca/view>> Acesso em 09 ago. 2020.

BÜLOW, Oskar von. **La Teoría de las Excepciones Procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977, p. 131-152.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 709-725.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2/2015, versão digital, Jul-Dez/2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. Tradução: Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O magistrado, protagonista do processo judicial. *In*: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (Org.). **Ensaios e Artigos, v. II**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21-29.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. *In*: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (Org.). **Ensaios e Artigos, v. II**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.31-38.

PASSOS, Calmon de. Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena “pensar” de novo?. *In*: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (Org.). **Ensaios e Artigos, v. II**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Jr. **Revista de Processo**, vol. 197/2011, p. 261-269.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada**, vol. 1: Parte Geral. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. *In* **Revista AJURIS**, vol. 42, n. 137, Março/2015, p. 228.

CAMPOS, Ephraim. **Substituição Processual**. São Paulo: RT, 1985.

CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na Ação Civil Pública**. Salvador: Juspodivm, 2012.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 239-254.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAYES, Abram. The role of the judge in the public law litigation. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31-67.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo 1. Editora Reus: Madrid, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. V. 2. Casa Editrice: Jovene, 1936.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, Vol. 3, p. 455-476, Out/2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CINTRA, Ana Carolina Batista. Análise Crítica do Vigente Sistema Brasileiro de Intervenção de Terceiros. **Publicações da Escola da AGU**. Brasília, v. 8, n. 01, jan./mar. 2016, p. 1-324.

CINTRA, Ana Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CÔRTEZ, Estefania. Negócios jurídicos processuais: mecanismo apto à atribuição de exequibilidade a um título. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, P. 541-565.

COSTA, Rosalina Pinto. O Processo Cooperativo como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista FSA**. Teresina, vol. 15, n. 4, jul/ago, 2018.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA, Marília Siqueira. **Convenção Processual sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Giuseppe Chiovenda Vida e Obra**: contribuição para o estudo do processo civil. São Paulo: Editora Migalhas, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas Fundamentais do Novo CPC Brasileiro. In SILVA, João Calvão da *et al* (org.). **Processo Civil Comparado**: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 40-74.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, vol. 198/2011, p. 227-235.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 23 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada**, vol. 1: Parte Geral. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 241-248.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4.

DIDIER JR., Fredie; VITORELLI, Edilson. **Substituição Processual**. Conferência virtual realizada em 04 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sAafTKu9L5Y>>. Acesso em 09 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie. General Theory of Law, General Theory of Procedure, Science of Procedural Law and Procedural Law: necessary parallels and distinctions. **Civil Procedure Review**. Vol. 3, n. 3, p. 59-78, aug.-dec., 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Um requiém às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense**, Jul-Set/2000, vol. 351, ano 96, p. 65-82.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 197/2011, p. 255-260.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 32-37.

DIDIER JR., Fredie. MACÊDO, Lucas Buril. Alienação (judicial ou extrajudicial) de bem por sociedade diferente da credora que compõe grupo societário: um bom exemplo de negócio jurídico executivo sobre legitimidade. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes**

Temas do Novo CPC, Negócios Processuais, tomo II. Salvador: Juspodivm, 2020, P. 495-521.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *In* **Ensaio sobre negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nota teoria dos Procedimentos Especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. Salvador: Juspodivm, 2021.

FONSÊCA, Vitor. **Processo Civil e Direitos Humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. *In*: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; et al (Coord.). **Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro**: Negócios Processuais, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 387-406.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. **Termo de Ajuste de Conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

FISS, Owen. As formas de Justiça. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FORD, Matthew R. Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action after Gratz v. Bollinger. **Yale Law & Policy Review**, vol. 27, n. 1, Fall 2008, p. 141-158.

GALANTER, Marc. Why yhe “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, vol. 9, n. 1, 1974.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al*. **Teoria Geral do Processo**: parte geral: comentários ao CPC de 2015. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

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

GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 14/1995, p. 52-66, Abr-Jun/1995.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, vol. 108/2002, versão digital, Out-Dez/2002.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.** Rio de Janeiro: GZ, 2008.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GÓES, Gisele Fernandes. Distribuição convencional do ônus de prova. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; et al (Coord.). **Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 203-218.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Processo Civil Cooperativo. **A Leitura – Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.** Belém, v. 5, n. 9, p. 106-113, nov, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. **Revista de Processo**, vol. 140/2006, versão digital, Out/2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HOLANDA, Marcelo. **Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo.** Belém: Paka-Tatu, 2012.

IEZZI, Gelson; MURAKAMI, Carlos. **Fundamentos de Matemática Elementar 1.** Conjuntos Funções. 3ª ed. São Paulo: Atual, 1977.

JESUS, Pedro Augusto de. Flexibilização do processo na tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. **Dissertação de Mestrado (PPGD/USP)**. 2020.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, João Emmanuel Cordeiro. O compromisso de ajustamento de conduta e o mito da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos. *In* **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 105, jan.mar. 2019, p. 160.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LORDELO, João. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021.

MAIA, Maurilio Casas. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 101/2015, versão digital, Set-Out/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil**. Digital. 3 ed. Vol, 2. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**. Vol. 3/2000, versão eletrônica, jul-set/2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, vol. 209/2012, p. 243-264, Jul/2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: do Modelo ao Princípio**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova: Análise Econômica e Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MURCHISON, John M. Civil Procedure -- Determining the Adequacy of Representation in a Class Action. **North Carolina Law Review**, 47, n. 2 (1968-1969), p. 393-401.

NERY JR., Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, vol. 64/1991, versão digital, Out-Dez-1991.

NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **Revista de Processo**, vol. 56/1989, p. 48-55, Out/2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm. 4. ed. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Primeiras reflexões sobre a legitimidade processual no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 305/2020, p. 63-82, Jul/2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Legitimidade Processual e Legitimidade *ad Causam* no Direito Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, vol. 133/2014, p. 71-80.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição**. Dissertação (Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas), Alagoas, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Acordos sobre a legitimidade das partes no direito brasileiro. **Revista de Processo**. Vol. 319/2021, versão eletrônica, Set/2021.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. Vol. 286/2018, versão eletrônica, Dez/2018.

OSNA, Gustavo. VIEIRA, Isabelle Almeida. Negócios Processuais na tutela coletiva – breves aproximações. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 15, vol. 22, n. 3, p. 410-433.

OROSO, Catharina Peçanha. Negócios jurídicos processuais no processo penal. **Trabalho de Conclusão de Curso (UFBA)**. 2017.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Negócios jurídicos processuais penais atípicos: uma análise da aplicabilidade do art. 190 Código de Processo Civil de 2015 aos processos criminais. *In*: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; et al (Coord.). **Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 203-218.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13ª ed. Cultrix: São Paulo, 2008.

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*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada**, vol. 1: Parte Geral. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da Tutela Coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

ROLO, Rafael Felgueiras. **O processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. Cortez: São Paulo, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 21, nov/1986, p. 23-24.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Partes e terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARNO BRAGA, Paula. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *In* **Revista de Processo**, vol. 184/2007, versão eletrônica, Jun/2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Sandoval Alves. **O Ministério Público e a concretização dos Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVEIRA, Bruna Braga. Um olhar sobre as condições da ação pelo prisma da teoria geral do processo: primeiras impressões. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**, vol. 02/2018, versão digital.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SOARES, Dennis Verbicaro. A tutela processual coletiva do consumidor a partir da atuação concertada dos legitimados ativos. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 17, n. 3, p. 741-772, set./dez. 2017.

SOUSA, Magnun César Nascimento dos Santos. **Principais Axiomas da Matemática**. Dissertação (Mestrado Profissional em Matemática em Rede Nacional PROFMAT-CCEN-UFPB). Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2014.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Juspodivm, 2020.

TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. *In*: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; et al (Coord.). **Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 551-566.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59 ed. Vol. 1, digital, 2018, n. 97.

THEODORO JR., Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, vol.17/1080, versão digital, Jan-Mar/1980.

TUTIKIAN, Jane. Apresentação. *In* PESSOA, Fernando. **Odes de Ricardo Reis: obra poética III; organização, apresentação e notas de Jane Tutikian**. Porto Alegre: L&M, 2019.

UZEDA, Carolina; PANTOJA, Fernanda Medina; KOHLBACH, Marcela; TEMER, Sofia. Entes organizados despersonalizados e a capacidade de ser parte: grupos e associações de fato em juízo (art. 75, IX, do CPC). **Civil Procedure Review**, V. 12, n. 1, 2021.

VENTURI, Elton. Transação sobre direitos indisponíveis? *In* **Revista de Processo**, vol. 251/2016, Jan/2016, p. 2.

VIEIRA, Debora da Silva; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Pontos de encontro e desencontro entre a legitimação extraordinária negocial e a assistência. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 14, Vol. 21, Número 1, Jan-Abr/2020. P. 59-88.

VIEIRA, Debora da Silva; DIAS, Jean Carlos; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O acordo realizado na ACP do naufrágio do Navio Haidar em Barcarena/PA aos olhos da análise econômica do direito. *In* MENDONÇA, Verena; NEVES, Rafaela; RESQUE, João (Org.). **Direito Contemporâneo em debate: estudos transdisciplinares**. Editora Fi, 2020.

VIEIRA, Debora; GÓES, Gisele Santos Fernandes; MARANHÃO, Ney. Lei da Ação Civil Pública: termo de ajustamento em matéria trabalhista e participação da coletividade. *In* MILARÉ, Edis (Coord.). **Lei da Ação Civil Pública após 35 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Negócios Processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 75-92.

ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. *In* MARX NETO, Edgard Audomar *et al* (org.). **Processo Civil Contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. **Revista Videre**, ano 2, vol. 3, p. 101-116, 2010.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. *In*: ZUFELATO, Camilo; *et al* (Coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-261.

ZUFELATO, Camilo. A atuação das associações no processo coletivo e tentativa de desfazimento de um grave mal-entendido na jurisprudência do STF e STJ: ainda o tema dos limites subjetivos da coisa julgada. *In* **Revista de Processo**, vol. 269/2017, p. 347-386, Jul/2017.