

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO – UNAERP
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
DOUTORADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO REQUISITO DA ARBITRAGEM
COLETIVA: CONTROLE PELO ÁRBITRO**

**RIBEIRÃO PRETO/SP
ABRIL/2023**

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO REQUISITO DA ARBITRAGEM
COLETIVA: CONTROLE PELO ÁRBITRO**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Campus Ribeirão Preto/SP, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de pesquisa Direitos Coletivos e Cidadania e linha de pesquisa Instrumentos de Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos, sob a orientação do Professor Doutor Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

RIBEIRÃO PRETO/SP
ABRIL/2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAER

- Universidade de Ribeirão Preto -

NUNES, Gustavo Henrique Schneider, 1978-
N972r A representação adequada como requisito da arbitragem
coletiva: controle pelo árbitro / Gustavo Henrique Schneider
Nunes. – Ribeirão Preto, 2023.
272 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Olavo Augusto Vianna Alves
Ferreira.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, Doutorado
em Direito Coletivos e Cidadania, 2023.

1. Arbitragem coletiva. 2. Representatividade (Direito). 3.
Arbitragem (Direito) - Controle. 4. Devido processo legal. 5.
Contraditório (Direito). II. Título.

CDD 340

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO REQUISITO DA ARBITRAGEM
COLETIVA: CONTROLE PELO ÁRBITRO**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão
Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 24 de maio de 2023.

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

X 

Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

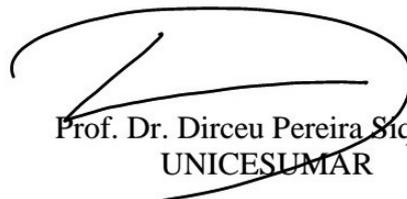
CARLOS EDUARDO MONTES Assinado de forma digital por CARLOS
NETTO:28557546823 EDUARDO MONTES NETTO:28557546823
Dados: 2023.05.24 18:18:54 -03'00'

Prof. Dr. Carlos Eduardo Montes Netto
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro
Universidade de São Paulo – USP


Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
UNICESUMAR

RIBEIRÃO PRETO
2023

DEDICATÓRIA

À minha esposa Talita e ao meu filho Pedro, que são a minha fortaleza e por quem devoto amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui, com a superação de dificuldades adicionais que jamais imaginei encontrar em minha vida. Cursar o Doutorado é um sonho que tenho realizado desde o segundo semestre de 2019, mas que quase me fugiu pelas mãos, em razão de ter descoberto um câncer. Foi apenas com muita fé e perseverança que segui em diante conseguindo eliminar os obstáculos diários encontrados no caminho e que por um período turvaram os meus pensamentos. Não cheguei a esta etapa da maneira que imaginava alcançá-la antes do meu ingresso ao Programa, porque houve mudança de planos, a minha visão de mundo foi afetada por outras perspectivas e a velocidade de minhas ações adotou um ritmo diferente, mas firme na premissa de que os tempos difíceis não duram para sempre, o certo é que hoje estou curado e consigo enxergar que tudo isso me fez mais forte, obstinado e vencedor. “Aqueles que semeiam com lágrimas, com cantos de alegria colherão. Aquele que sai chorando enquanto lança a semente, voltará com cantos de alegria, trazendo os seus feixes” (Salmos 126:5-6).

Ao Pedro, meu filho, porto seguro no qual ancorei a minha vida. Sem você o meu mundo não teria razão. Você renova as minhas forças todos os dias. Obrigado por me ensinar tanto. Sempre estarei contigo.

À Talita, minha amada esposa, a melhor companheira de jornada que eu poderia ter. Eu lhe agradeço pelo apoio, paciência, incentivo irrestrito, motivação e inspiração para fazer-me uma pessoa melhor. Obrigado por estar sempre ao meu lado e isso vai muito além do Doutorado e do que se pode ver.

Aos meus pais, André e Regina, por terem me educado com base no amor, no respeito e na justiça. Vocês são exemplos do ser humano que um dia eu quero me tornar. Eu poderia viver todas as vidas que não teria condições de pagar a dívida de gratidão que tenho com vocês, pois ela é eterna, assim como também é o meu amor.

À Andréia, minha irmã querida, pela cumplicidade de uma vida, pelo apoio, pela amizade sem igual e por ter nos presenteado, juntamente com o Murilo, com a especial chegada do João, para alegrar as nossas vidas e acalentar os nossos corações.

Ao Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, exemplo de professor e referência doutrinária em matéria de Arbitragem, por ter sempre acreditado em mim e nas minhas capacidades. O aprendizado decorrente do convívio foi extremamente enriquecedor e, por meio dele, pude iniciar a compreensão do Direito sob uma perspectiva que até então era nova para mim. Sempre lhe serei grato.

A todos os(as) Professores(as), em nome do Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, Coordenador deste Programa. Essa convivência foi ímpar e os ensinamentos que foram a mim ministrados jamais serão esquecidos.

À equipe do Davoglio, Nunes e Vieira Advogados, em especial nas pessoas de minhas sócias Adriana e Viviane, pelo apoio dado em relação à condução dos processos e ao relacionamento com os clientes. Sou-lhes grato pela amizade, compreensão e parceria.

Aos(às) amigos(as) e colegas de turma, companheiros de sonhos e de realidades, obrigado pela rica troca de experiências.

*Porque se chamavam homens
Também se chamavam sonhos
E sonhos não envelhecem*
Milton Nascimento/Lô Borges

*Eu já me perguntei se o tempo poderá
Realizar meus sonhos e desejos
Será que eu já não sei por onde procurar
Ou todos os caminhos dão no mesmo
E o certo é que eu não sei o que virá
Só posso te pedir
Que nunca se leve tão a sério
Nunca se deixe levar
Que a vida é parte do mistério
E é tanta coisa pra se desvendar*
Lenine

*No, his mind is not for rent
To any god or government
Always hopeful, yet discontent
He knows changes aren't permanent
But change is
Rush*

*You rise, you fall
you're down then you rise again
What don't kill you make you more strong
You rise, you fall
you're down then you rise again
What don't kill you make you more strong
(...)
Breaking your teeth on the hard life coming
Show your scars
Cutting your feet on the hard earth running
Show your scars
Breaking your life, broken beat and scarred
But we die hard
Metallica*

RESUMO

O uso da arbitragem no Brasil cresceu exponencialmente nos últimos anos, sobretudo a partir da confirmação de constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.307/1996, no julgamento da SE nº 5.206, pelo Supremo Tribunal Federal, e pela vigência da Lei nº 13.129/2015, que autorizou a sua utilização para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis envolvendo a administração pública. Com credibilidade, confiabilidade e vantagens competitivas em comparação com outros meios, a arbitragem passou a ser tratada como meio adequado para também solucionar disputas sobre direitos coletivos, com destaque, na prática, para os casos de arbitragem coletiva societária. Embora inexista previsão legal, não há dúvidas quanto ao seu cabimento, desde que venha a cuidar de direito patrimonial disponível e o demandante seja um dos legitimados à propositura da ação civil pública. Tal como no processo coletivo judicial, na arbitragem coletiva a legitimidade é extraordinária, de modo que o autor atua em nome próprio, mas na defesa do direito dos representados. Ocorre que, como a sentença arbitral irá produzir efeitos em relação aos representados que não participaram diretamente no processo, o presente estudo justifica-se pela necessidade de averiguar-se, no plano concreto, o controle da representatividade adequada do legitimado ativo, como forma de concretização do devido processo legal e de potencializar os resultados da tutela jurisdicional arbitral. Além disso, tratou-se de ampliar o processo arbitral sob o aspecto subjetivo com a intervenção do Ministério Público e do *amicus curiae* – que também requer a demonstração da representatividade adequada, embora distinta da que se exige do autor –, bem como da necessidade do árbitro valer-se do dever de consideração de todos os argumentos e provas apresentados no curso do processo, pena de violação ao contrário e ao dever de fundamentação da decisão arbitral, aos quais está atrelado. Para atribuir maior segurança jurídica e favorecer o ambiente de negócios, esta tese inova com a elaboração de um Anteprojeto de Lei. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Arbitragem coletiva. Representatividade adequada. Controle do árbitro. Devido processo legal. Contraditório.

ABSTRACT

The use of arbitration in Brazil has grown exponentially in recent years, especially since the confirmation of the constitutionality of the provisions of Law n° 9.307/1996, in the judgment of SE n° 5.206, by the Federal Supreme Court, and the effectiveness of Law n° 13.129/2015, which authorized its use to resolve conflicts relating to available property rights involving public administration. With credibility, reliability and competitive advantages compared to other means, arbitration started to be treated as an adequate means to also resolve disputes over collective rights, with emphasis, in practice, on corporate collective arbitration cases. Although there is no legal provision, there is no doubt as to its pertinence, as long as it takes care of an available patrimonial right and the plaintiff is one of those legitimated to bring the public civil action. As in collective judicial proceedings, in collective arbitration legitimacy is extraordinary, so that the plaintiff acts in his own name, but in defense of the rights of those represented. It so happens that, as the arbitral award will produce effects in relations to those represented who did not participate directly in the process, the present study is justified by the need to verify, in the concrete plan, the control of the adequate representativeness of the legitimate asset, as a way of implementation of due process of law and to enhance the results of arbitral jurisdictional protection. In addition, it was a matter of expanding the arbitration process from a subjective perspective with the intervention of the Public Ministry and the *amicus curiae* – which also requires demonstration of adequate representativeness, although different from what is required of the plaintiff –, as well as the need for the arbitrator to take into account the duty of consideration of all arguments and evidence presented in the course of the proceedings, penalty of violation to the contrary and the duty to state reasons for the arbitration decision, to which it is linked. To provide greater legal certainty and favor the business environment, this thesis innovates with the elaboration of a Draft Law. For the development of the research, the hypothetical-deductive method was used.

Keywords: Collective arbitration. Adequate representativeness. Referee control. Due process of law. Contradictory.

RESUMEN

El uso del arbitraje en Brasil ha crecido exponencialmente en los últimos años, especialmente desde la confirmación de la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley n° 9.307/1996, en la sentencia de la SE n° 5.206, por el Supremo Tribunal Federal, y la entrada en vigor de la Ley n° 13.129/2015, que autorizó su uso para resolver conflictos disponibles que involucren a la administración pública. Con credibilidad, confiabilidad y ventajas competitivas frente a otros medios, el arbitraje pasó a ser tratado como un medio adecuado para resolver también disputas sobre derechos colectivos, con énfasis, en la práctica, en casos de arbitraje colectivo empresarial. Si bien no existe disposición legal, no hay duda en cuanto a su pertinencia, siempre que se trate de un derecho patrimonial disponible y el actor sea uno de los legitimados para ejercitar la acción civil pública. Al igual que en los procesos judiciales colectivos, en el arbitraje colectivo la legitimidad es extraordinaria, de modo que el actor actúa en nombre propio, pero en defensa de los derechos de los representados. Sucede que, como el laudo arbitral producirá efectos en relaciones con los representados que no participaron directamente en el proceso, el presente estudio se justifica por la necesidad de verificar, en el plan concreto, el control de la adecuada representatividad de los bien legítimo, como forma de aplicación del debido proceso legal y para potenciar los resultados de la tutela jurisdiccional arbitral. Además, se trata de ampliar el proceso arbitral desde una perspectiva subjetiva con la intervención del Ministerio Público y del *amicus curiae* – que también requiere demostración de adecuada representatividad, aunque diferente a la que se exige al actor –, así como la necesidad del árbitro de tener en cuenta el deber de consideración de todos los argumentos y pruebas presentados en el curso del procedimiento, la sanción de violación en contrario y el deber de motivación del laudo arbitral, a los que se vincula. Para brindar mayor seguridad jurídica y favorecer el clima empresarial, esta tesis innova con la elaboración de un Proyecto de Ley. Para el desarrollo de la investigación se utilizó el método hipotético-deductivo.

Palabras clave: Arbitraje colectivo. Representación adecuada. Control de árbitros. Debido proceso legal. Contradictorio.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

AAA	American Arbitration Association
ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
AIDMIN	Associação dos Investidores Minoritários
AP	Ação Popular
BOVESPA	Bolsa de Valores de São Paulo
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CBAR	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Corte Especial
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNY	Comissão de Nova Iorque
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DES	Desembargador
DPVAT	Danos Pessoais Causados Por Veículos Automotores de Vias Terrestres
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LArb	Lei de Arbitragem
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
MIN	Ministro
MP	Ministério Público

MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
MSC	Mandado de Segurança Coletivo
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
PGR	Procurador Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
RESP	Recurso Especial
SE	Sentença Estrangeira
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UNCITRAL	United Nations On International Trade Law

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DO DIREITO COLETIVO.....	20
2.1. DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO.....	20
2.2. A SEGUNDA ONDA RENOVATÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	26
2.3. MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO.....	33
2.4. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	38
2.5. O <i>ANTES</i> E O <i>DEPOIS</i> DO PROCESSO COLETIVO.....	46
2.5.1. A Legitimidade ativa.....	46
2.5.2. A coisa julgada.....	55
2.6. A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	72
2.6.1. A tutela coletiva por meio dos precedentes judiciais.....	72
2.6.2. Julgamento de casos repetitivos no CPC.....	80
3. A TUTELA COLETIVA PELO REDIMENSIONAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	99
3.1. O COLAPSO DO PODER JUDICIÁRIO.....	99
3.2. A LENTIDÃO PROCESSUAL.....	105
3.3. JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA.....	111
3.4. JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA.....	115
3.5. MUDANÇA PARADIGMÁTICA: A TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	129
3.6. A TUTELA COLETIVA PELOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS.....	134
3.7. A TUTELA COLETIVA PELA ARBITRAGEM.....	140
4. A ARBITRAGEM COLETIVA E AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO.....	141
4.1. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	141
4.2. O CONSENSO COMO PREMISSA FUNDAMENTAL DA ARBITRAGEM.....	147
4.3. NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS: A ARBITRAGEM COLETIVA...	164
4.4. DA PARTICIPAÇÃO NA ARBITRAGEM COLETIVA.....	184

4.5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO ARBITRAL.....	189
4.6. A PUBLICIDADE DAS ARBITRAGENS COLETIVAS.....	196
4.7. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	201
4.8. MINISTÉRIO PÚBLICO.....	215
4.9. <i>AMICUS CURIAE</i>	217
4.10. DEVER DE CONSIDERAÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS POR TODOS OS PARTICIPANTES.....	225
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	228
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	233
ANEXO.....	269

1. INTRODUÇÃO

Essa tese trata do direito de participação e do controle da representatividade adequada do legitimado ativo no âmbito da arbitragem coletiva, aqui considerada como meio adequado de solução de controvérsias envolvendo direitos transindividuais. Entretanto, pode-se dizer que, na verdade, o que se terá como pano de fundo nas linhas a seguir desenvolvidas são dois outros aspectos em especial: mudança e adaptação.

O processo civil clássico de matriz liberal-individualista mostrou-se inadequado para tutelar os direitos transindividuais. Por conta disso, o legislador brasileiro passou a desenvolver técnicas processuais voltadas para a esfera judicial capazes de promover a tutela coletiva dos direitos, dentre as quais merecem destaque a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, a despeito de uma miríade de leis afins que se interconectam.

Diante da ausência de um Código de Processo Coletivo, tem-se um microsistema de tutela coletiva altamente eficiente, acompanhado de excelente doutrina e de posicionamentos jurisdicionais bastante relevantes e consolidados, em especial por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, a tutela coletiva pela via judicial, em algumas situações, não tem se apresentado como a melhor alternativa para a solução do conflito, seja pela presença de diversos fatores que diminuem a sua atratividade, como excesso de processos, falta de estrutura adequada, lentidão processual e insegurança jurídica, dentre outros, seja pelas características ou pelos interesses apresentados pelos participantes processuais.

Desde o fortalecimento do Estado contemporâneo, e a oportunização do direito de ação a quem afirma que teve o seu direito ameaçado ou violado, o processo judicial tem sido visto como o principal, senão o único, meio de solução de controvérsias, inclusive sendo em regra vedada a autotutela. Mas, a despeito de sua inegável importância, a dinâmica da realidade socioeconômica indica a necessidade de direcionar o olhar para além da jurisdição estatal.

Ao lado dela existem outros métodos que podem ter viabilidade mais acentuada diante de conflitos que cuidem de direitos dotados de disponibilidade patrimonial. O protagonismo das partes afetadas no conflito deve ser realçado, para, sempre que possível, privilegiar o consenso quanto à escolha do meio de resolução a ser adotado, o que é variável

de acordo com as condições de tempo e de lugar, tendo em vista, conforme alegado por Oscar Chase, os impactos provocados pelos reflexos culturais do ambiente em que estão inseridos.¹

Segundo este mesmo autor, pode-se conhecer uma cultura por meio das práticas de solução de conflitos que são adotadas em um determinado local, em um dado momento histórico, assim como pela verificação do grau de compromisso assumido em relação a essas práticas.²

Portanto, quando se fala de mudança relacionada à gestão de conflitos, deve-se partir de uma análise fundamentada na necessidade de ressignificar o direito ao acesso à justiça, conciliando-o aos preceitos provenientes do sistema multiportas, para, a um só tempo, nos casos autorizados pela lei, viabilizar o exercício da cidadania pelo estímulo à autonomia privada, ao diálogo e aos consensos possíveis.

É certo que, na atualidade, tem-se sentido que a velocidade desta mudança é intensa e que é colocada em um mundo em movimento, sem paradas ou pausas reflexivas, de modo a dificultar a realização de uma análise detida sobre os pontos que lhe são inerentes. Como lindamente foi musicado por Caetano Veloso, o tempo é “compositor de destinos, tambor de todos os ritmos”.³

O tempo da centralidade judicial na resolução de conflitos chegou ao fim, inclusive para tutelar os direitos coletivos. Por isso, a mudança deve vir acompanhada da adaptabilidade, que passa pela aquisição de conhecimentos teóricos indispensáveis e da checagem, na prática, dos meios adequados à solução dos conflitos, a fim de, criticamente, analisar as falhas a serem eliminadas e os acertos que foram obtidos para operacionalizar a busca de um aperfeiçoamento constante. O desafio está na estruturação de cada um desses meios para melhor tutelar o direito, como a apresentação de suas condições de possibilidade.

No presente trabalho, cuidar-se-á da averiguação da arbitragem coletiva como meio adequado de solução de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e, ainda à falta de legislação específica, investigar se as técnicas processuais judiciais, previstas no âmbito do microsistema de tutela coletiva, podem ou não ser transportadas para a esfera da arbitragem, no todo ou em parte, do mesmo modo que também se pretende verificar se a transposição das garantias processuais aplicáveis à arbitragem coletiva é suficiente para o seu funcionamento, especificamente, para abordar se existe a possibilidade ou não de ser realizado o controle da representatividade adequada como requisito para a arbitragem

¹ CHASE, Oscar. **Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada**. Tradução: Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

² **Idem, ibidem**, p. 16.

³ VELOSO, Caetano. Oração ao Tempo. In: **Cinema Transcendental**. Rio de Janeiro: PolyGram Studios, 1979.

coletiva, seja pela parte, seja pelo Ministério Público, seja pelo *amicus curiae*, a ser apreciado pelo árbitro.

A depender das respostas obtidas, ocorrerá a verificação da necessidade de serem feitos alguns ajustes em razão das especificidades observadas, em respeito ao devido processo legal.

À vista disso, o que se pretende fazer de forma inovadora é analisar a viabilidade do processo arbitral coletivo para permitir a realização de um contraditório mais alargado, que ultrapasse a mera participação exclusivamente formal centrada na figura dos litigantes tradicionais (autor e réu).

Nessa ordem de ideias, há que se indagar: na arbitragem coletiva o contraditório deve se manifestar do mesmo modo que na arbitragem tradicional ou exige um maior rigor, com o desenvolvimento de aspectos próprios, diante do fato de que a sua regular observância se dá por meio da atuação do representante processual dos titulares do direito coletivo, em regime de legitimação extraordinária?

Se os legitimados ativos à arbitragem coletiva são os mesmos sujeitos que gozam de legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, há necessidade de controle da representatividade adequada no caso concreto, sob a ótica do devido processo legal, ou a previsão abstrata em lei desta mesma legitimidade já será o suficiente? Em caso de resposta afirmativa, pergunta-se: (i) quem deverá fazer esse controle?; (ii) em qual momento?; (iii) sob qual justificativa?; (iv) como deve ser feito?

Dando-se um passo adiante, mas sob a perspectiva do mesmo contexto, cabe ainda indagar: é permitida a participação no processo arbitral coletivo de sujeitos que não possuam interesse imediato no direito controvertido e que não sejam signatários da convenção de arbitragem?

A depender do que for apurado, será analisado se essa participação pode legitimamente contribuir para a qualificação do debate, diante dos vetores que podem ser dela extraídos (diversidade, responsabilidade e flexibilidade) e de que maneira isso pode vir a ocorrer à luz de eventual necessidade da publicidade dos atos e termos do processo, no todo ou em parte.

Na hipótese de ser permitida a ampliação do contraditório, com o controle concreto da representatividade adequada e a participação de sujeitos não signatários da convenção arbitral e que possuam capacidade de contribuir para o enriquecimento do debate e, por via de consequência, destinar-se ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, a fundamentação das decisões arbitrais deve levar em consideração apenas os argumentos e

provas produzidos pelas partes (autor e réu) ou por todos aqueles que efetivamente vieram a participar do processo, como na hipótese do *amicus curiae*?

E mais: qual pode ser a consequência extraída de uma sentença arbitral cuja fundamentação desconsidera o que foi produzido por todos esses participantes?

Por outro lado, o Ministério Público, quando não for o legitimado ativo, deve atuar como fiscal da ordem jurídica, mesmo em processo extrajudicial, ou a sua participação é despicienda?

Lançadas essas indagações, que serão respondidas no avançar das próximas páginas, vale deixar claro que, embora o procedimento arbitral possa ser customizado segundo a vontade das partes e as características do direito material posto em controvérsia, as garantias que compõem o devido processo legal devem ser estritamente respeitadas e analisadas por lentes que ampliam as suas dimensões, de forma a adaptá-las ao processo arbitral coletivo no que for necessário ao seu bom e regular desenvolvimento.

Por fim, com a obtenção de respostas afirmativas às indagações acima levantadas, visando aumentar o resultado desta pesquisa de doutorado e com a finalidade de intensificar os traços de sua inovação, pretende-se elaborar um Anteprojeto de Lei sobre a temática, que leve em consideração o fim de viabilizar a prestação de uma tutela jurisdicional dotada de maior qualidade e segurança jurídica.

Ademais, nesse caso, pretende-se ainda checar se a existência de uma lei regulamentadora poderia funcionar como uma espécie de *nudge*,⁴ provocando um incentivo ao uso da arbitragem como meio de solução de conflitos transindividuais, com a participação processual sendo desenvolvida à luz de um contraditório ampliado e para a melhoria de ambiente de negócios.⁵

O desenvolvimento da pesquisa comportará o método hipotético-dedutivo, cuja estratégia de abordagem inclinar-se-á para uma análise sob a perspectiva histórica e teórica da construção da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos de natureza transindividual e na verificação da ampliação do contraditório por meio do controle da representatividade adequada do demandante e na participação de sujeitos que tenham ou não interesse direto com o objeto da arbitragem, mas que possam contribuir para o aperfeiçoamento do debate e a qualidade da tutela jurisdicional privada.

⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Como Tomar Melhores Decisões Sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade**. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 12.

⁵ Em sentido semelhante: MENDES, Fernando. Arbitragem na Administração Pública Como *Nudge* Para a Melhoria do Ambiente de Negócios. In: **Direito Público e Arbitragem: Os Desafios Emergentes da Resolução Privada de Conflitos do Estado**. Organizadores: VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 51-102.

O procedimento metodológico adotado corresponderá, sobretudo, ao levantamento bibliográfico nacional e estrangeiro, cujo referencial teórico consistirá basicamente na leitura de duas temáticas: direitos transindividuais e arbitragem.

Esclarece-se, por fim, que houve a opção pelo uso de notas de rodapé não apenas para indicar as fontes das citações, mas também para (i) acrescentar outras indicações bibliográficas como reforço ao assunto discutido no texto, (ii) para fazer remissões internas ou externas, (iii) introduzir citações de reforço, eis que se utilizadas no corpo do texto poderia atrapalhar a leitura ou comprometer o estilo de redação adotado e (iv) ampliar as afirmações feitas no texto, de modo a não sobrecarregá-lo com observações o que na essência já tiver sido escrito de forma essencial.⁶

⁶ ECO, Umberto. **Como Se Faz Uma Tese**. Tradução: Gilson Cesar de Souza. 27ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2019, p. 158-159.

2. TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DO DIREITO COLETIVO

2.1. DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO

No Estado Liberal, a resolução dos conflitos ocorria quase que de modo exclusivo pela via do processo judicial⁷ e dava-se forte ênfase ao princípio dispositivo. O processo era interindividual⁸ e o modelo era o adversarial. As partes apresentavam as suas alegações, deduziam os seus pedidos e produziam as provas que julgassem pertinentes quase sem interferência do juízo, que permanecia passivo acerca do que ocorria ao longo da relação processual até o momento da prolação da sentença.

Prestava-se apenas tutela jurisdicional aos direitos individuais subjetivos violados. Só havia espaço para a tutela reparatória. A tutela preventiva só foi uma conquista mais recente. Naquele momento histórico, a propositura da ação deveria ser ordinariamente pautada pela violação ao ordenamento jurídico com base na alegação de um dano já concretizado no plano da realidade social.

Toda decisão judicial proferida antes da ocorrência da lesão ao direito era considerada uma arbitrariedade, algo não desejado pelo sistema. Não se permitia ao juiz decidir com base em juízo de verossimilhança. Era necessário decidir a partir da obtenção de um juízo de certeza, equiparando-se o Direito às ciências matemáticas,⁹ e isso só ocorria após o término de uma cognição ampla e exauriente.

Como consequência, sendo o juízo de cognição obrigatoriamente prévio à prática de atos executórios, com a sentença condenatória devendo ser previamente proferida à execução, o entendimento que se formou em torno disso foi o de que nula era a execução que não estivesse amparada em título executivo (*nulla executio sine titulo*).¹⁰

⁷ Montesquieu sustentava que só haveria respeito à liberdade se o poder de julgar pertencesse ao Judiciário. “Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. MONTESQUIEU, C. de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

⁸ “O modelo jurídico que emergia do ideário revolucionário não dava espaço para tratar do coletivo: o foco era a defesa do direito individual, e somente ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Logo, os instrumentos processuais disponíveis eram formulados para atender a esse tipo de conflito de interesses, ou seja, para que os próprios titulares dos direitos materiais lesados ou ameaçados buscassem judicialmente sua proteção. O processo era interindividual: desenvolvia-se no modo sujeito x sujeito, credor x devedor”. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematisado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 8.

⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 279.

¹⁰ “[...] a necessária precedência da sentença condenatória em relação à execução resulta da suposição de que a cognição, ou o conhecimento da existência do direito afirmado pelo autor, deve anteceder a execução. Isso porque se acreditava que a proibição da execução antes do término da cognição – ‘que era traduzida por meio da

Se a parte não cumprisse voluntariamente a obrigação reconhecida na sentença, tudo se resolveria com a conversão em perdas e danos,¹¹ porque o juiz não podia emitir ordens à parte. Os atos do juiz não eram dotados de poder de *imperium*. Assim, caso o devedor ainda permanecesse recalcitrante, oportunizava-se a utilização de meios executivos expropriatórios, de modo a realizar a execução forçada do crédito exequendo.¹²

No Estado Absolutista os juízes eram tratados como aliados da nobreza e do clero e, por isso, o papel dos juízes era visto com desconfiança.¹³ A criação do direito era realizada pelo legislador e ao juiz restava apenas declarar a lei ao caso concreto, agindo tal como se fosse a *bouche de la loi*.¹⁴ Entendia-se que se o juiz pudesse criar a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.¹⁵

Esse modelo de processo era excludente, podendo ser equiparado a um duelo¹⁶ travado entre as partes sob a contemplação passiva do juízo, sendo, ao final, declarado

fórmula de que o juiz não podia julgar com base em verossimilhança – era fundamental para garantir o direito de defesa e, assim, não poderia jamais ser excepcionada”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

¹¹ “Não seria errado ver no art. 1.142 do Código Napoleão – segundo o qual toda obrigação de fazer e não-fazer resolve-se em perdas e danos em caso de inadimplemento do devedor – o reflexo dos princípios de liberdade e de defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. [...] Essa forma de tutela não toma em consideração as diferentes necessidades e espécies de bens, ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das disposições sociais mais frágeis. Tal espécie de tutela jurisdicional, desejando apenas manter em funcionamento o mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas dos contratantes, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias”. **Idem, ibidem**, p. 58 e 60.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

¹³ “Frise-se que a preocupação com o arbítrio do juiz não fez surgir apenas a ideia de que a sentença deveria se limitar a declarar a lei, mas também retirou do juiz o poder de exercer ‘imperium’, ou de dar força executiva às suas decisões. Aliás, diante da desconfiança do direito liberal em relação ao juiz posterior à Revolução Francesa, era natural a preocupação com a execução das decisões, pois esta poderia gerar maiores riscos do que a sentença declaratória (‘lato sensu’). MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 38.

¹⁴ “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. MONTESQUIEU, C. de Secondat. **Op. Cit.**, p. 160; “A produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o Direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Op. Cit.**, p. 24.

¹⁵ MONTESQUIEU, C. de Secondat. **Op. Cit.**, p. 160.

¹⁶ “A semelhante luz, parece não haver, hoje em dia, lugar para qualquer tipo de procedimento que lembre o duelo judiciário, abandonadas como estão as premissas culturais que o legitimavam. Merece atenção, entretanto, o fato de que às vezes os estudiosos se reportam a ele, como paradigma de modos de atuar vivos na arena forense. A explicação óbvia prende-se a que, num e noutro fenômeno, se identifica o aspecto comum de luta travada para solucionar litígio; mas essas considerações, por si sós, são demasiado simples. Há que juntar-lhes a consciência de que, em qualquer luta, muito importa o uso que se permite aos combatentes fazer das armas, e os limites, mais largos ou mais estreitos, que se lhes impõem. Ainda que se trate de um confronto entre teses, a ser definido pelo critério da razão, as características da disciplina legal adotada influirão poderosamente no desfecho. Pode ser que se criem condições mais propícias a que saia vencedor quem sustente melhor tese;

vencedor quem tivesse as melhores condições técnicas e econômicas necessárias para realizar a atuação performática.

Com o passar dos anos, o Estado Liberal entrou em crise e tornou-se latente a constatação de que o processo civil tal como então idealizado mostrava-se insuficiente para viabilizar a tutela do direito material, apesar dos avanços obtidos se comparado ao Absolutismo,¹⁷ e também a responder adequadamente às novas demandas decorrentes de uma sociedade em transformação.

O Estado Social nasce a partir das Constituições do México, em 1917, e de Weimer, em 1919, assumindo um compromisso intervencionista com a finalidade de concretizar a igualdade material. A tutela dos direitos fundamentais passou a ser analisada sob duas dimensões. A primeira, de *status* negativo, a impedir o cometimento de abuso estatal na esfera jurídica dos particulares. A segunda, de *status* positivo, de cunho prestacionista, a ser realizada pelo Estado em benefício dos indivíduos, em especial dos vulneráveis.¹⁸

Por certo, essa mudança no modelo de Estado também interferiu, embora gradativamente, no modelo de processo e nas funções desempenhadas por todos os seus atores.¹⁹ A socialização do processo civil não foi um fenômeno isolado, pois reproduz o “reflexo de duas características da sociedade industrial: a coletivização das relações humanas ('conglomerado de interesses') e a supra-individualidade danosa do processo moderno de produção e comercialização moderno”.²⁰

também pode ser, no entanto, que antes se favoreça quem lute com maior vigor ou maior habilidade - para não dizer com menores escrúpulos. Façamos, pois, pequeno esforço de imaginação e pensemos num duelo despido de seu antigo significado religioso, ou pseudo-religioso; num duelo em que os combatentes não usam espadas, nem bastões, senão palavras; mas no qual, em todo caso, hoje como outrora, se cuida, no fundo, de resolver uma lide. E tratemos de inserir essa imagem num contexto que deixe basicamente à vontade os paladinos dos litigantes - autor e réu, no campo civil; acusador e acusado, no penal - para utilizar as armas próprias do jeito que lhes pareça mais eficaz, sem muito controle por parte do julgador, a quem se confia tão somente a função de fiscalizar a pugna, para evitar ou reprimir golpes desleais, e afinal proclamar o vencedor. Estaremos diante de um "modelo" de processo - de um dos modelos concebíveis, apresso-me a acrescentar -; e de modelo a cujo respeito não se afigura despropositado o reconhecimento de uma analogia”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2013, p. 2 (Revista dos Tribunais Online).

¹⁷ “Apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a Humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana. A industrialização, realizada sob o signo do ‘laissez faire, liessez passer’, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absentista não tinha como resolver”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 373-374.

¹⁹ “Esta filosofia traduziu-se, antes de tudo, num enorme aparato de legislação econômico-social, correspondente às intervenções do Estado em setores cada vez mais numerosos, no passado, abundantemente deixados à iniciativa e à autonomia dos particulares: trabalho, produção, intercâmbios, escola, habitação, higiene, consumo, meio ambiente, etc.”. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 384.

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. A *Citizen Action* Norte-americana e a Tutela Ambiental. In: **BDJur**, p. 8. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062413.pdf>>. Acesso em: 31.01.2022.

O juiz deixou para trás o comportamento que antes possuía de quase mero expectador e passou a interessar-se pelo objeto do processo e com a produção de resultados úteis, assumindo o protagonismo que então era ocupado pelas partes. Em um processo de massa, o juiz teve que adaptar-se a uma nova realidade massificada e sua atuação teve que vir “em socorro, principalmente, daqueles titulares de parcela do direito ou interesse deduzido em juízo, os quais, exatamente pelo caráter de massa do conflito, estão incapacitados de adentrar ao Tribunal e acompanhar ‘in personam’ o desenrolar da disputa”.²¹

A despeito disso, embora com técnica mais apurada, o processo civil permanecia estruturado para tratar de conflitos individuais²² – inclusive o CPC/1973²³ – sendo insuficiente para resguardar direitos coletivos, como evidencia a forma com que tanto a legitimidade quanto a coisa julgada eram tratadas.

Acerca da legitimidade, o art. 6º do CPC/73 aduzia que ninguém estava autorizado a pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando expressamente houvesse previsão legal. A legitimidade ordinária era a regra, caracterizada pela “coincidência entre a legitimação do direito material e a legitimidade para estar em juízo”.²⁴ A legitimidade extraordinária era permitida em caráter excepcional, sendo tratada como o gênero do qual é espécie a substituição processual.

Da mesma forma, o art. 472 do CPC/73 previa que a sentença só fazia coisa julgada em relação às partes do processo, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, salvo nas causas relativas ao estado de pessoa e desde que todos os interessados tivessem sido citados em litisconsórcio necessário.

Esse modelo era – e ainda é – idôneo quando a peculiaridade do caso concreto residir apenas na existência de uma relação plurissubjetiva, seja no polo ativo e/ou no passivo,

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman. **Op. Cit.**

²² “À concomitante ampliação normativa dos direitos sociais corresponde a emergência dos conflitos de massa oriundos da lesão sistêmica dos direitos sociais e da incapacidade do sistema judiciário de responder às demandas oriundas desse cenário. A isso, soma-se a persistência de uma cultura jurisdicional individualista calcada no paradigma do estado liberal, apesar de, uma vez mais, no plano normativo a ação coletiva deter lugar privilegiado na nova ordem jurídica brasileira”. VASCONCELOS, Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. O Processo Coletivo e o Acesso à Justiça Sob o Paradigma o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. 12, 2013, p. 68. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8672>>. Acesso em: 29.01.2022.

²³ “O CPC de 1973 é um Código que nasceu com alma de código oitocentista, técnico e individualista, fechado, tendencialmente unívoco em seus significados e completo em sua extensão”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 48.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

podendo suscitar fenômenos como o litisconsórcio e a intervenção de terceiros nas suas mais variadas espécies.²⁵

Entretanto, com o surgimento de novos direitos – eis que os direitos não nascem todos de uma só vez,²⁶ – e de novos sujeitos, em um mundo globalizado e em transformação, com relações sociais cada vez mais complexas, esse modelo mostrou-se insuficiente para tutelar adequadamente o direito coletivo, o qual não pertence exclusivamente a uma pessoa ou a um grupo definido de pessoas, como ocorre nos casos de condomínio ou de pluralidade de credores numa única obrigação.

“É”, dessa maneira, “a complexidade da sociedade de produção e consumo em massa, a forçar o surgimento de novas instâncias de afirmação do coletivo, antes inéditas, a fazer eclodir seus múltiplos antagonismos, não abarcáveis no clássico dualismo autor *versus* réu”.²⁷

Como há interessados indeterminados, ou, ao menos, indetermináveis – no tocante aos chamados interesses difusos e coletivos –, a satisfação do direito de um interessado implica a satisfação de todos, e, reciprocamente, a lesão de um só constitui lesão de toda a coletividade.²⁸

Os interesses coletivos carecedores de tutela jurisdicional não recaem necessariamente sobre uma relação jurídica-base, com a existência de vínculo jurídico que as congregue. Esse vínculo pode até não existir, ou, se existir, ser extremamente genérico. O que se pretende tutelar guarda correspondência a dados fáticos, que, em algumas situações, podem ser acidentais e mutáveis. Assim, por exemplo, pode se referir a todos os habitantes de uma região, a todos os consumidores de certo produto, a fim de que todos vivam sob certas e

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Ação Popular do Direito Brasileiro Como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 1982, p. 1 (Revista dos Tribunais Online).

²⁶ “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.” BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista do Serviço Público**, 39(2), 1982, p. 59. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2252>>. Acesso em: 03.02.2022.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 139, jan/mar. 1980, p. 2.

específicas condições socioeconômicas ou se sujeitem às consequências de um empreendimento público ou privado.²⁹

A partir do reconhecimento da insuficiência do sistema processual tradicional marcado pela lógica liberal-individualista para a tutela do direito coletivo,³⁰ o próximo passo foi dado na direção da positivação de técnicas processuais adequadas capazes de viabilizar a proteção judicial.³¹

Como foi impossível encaixar os conflitos coletivos à realidade processual civil estabelecida, de nítida cariz individualista, a alternativa foi a de desenvolver caminho inverso: elaborar uma legislação voltada para a tutela judicial dos interesses e direitos que extravasam o quadro das relações interindividuais.³²

Por técnicas processuais adequadas devem ser entendidas aquelas que permitem a prestação da tutela reparatória e da tutela preventiva, sendo essa última espécie, nesta seara, indispensável para evitar a ocorrência de um mal irreversível,³³ como acontece na tutela judicial do meio ambiente.

No início do período da ditadura militar, foi editada a Lei nº 4.717/1965, que cuida da ação popular, atribuindo legitimidade ativa concorrente e disjuntiva a qualquer

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Ação Popular do Direito Brasileiro Como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”, p. 2 (Revista dos Tribunais Online).

³⁰ “A premissa é necessária na medida em que, diante dela, pode-se reconhecer que a tutela de direitos difusos e direitos coletivos, hoje cristalizada em nosso ordenamento, trata-se de um redimensionamento do nosso próprio pensamento jurídico. Se historicamente nosso ideário foi construído para lidar com “direitos subjetivos” pertencentes atômica e isoladamente a um só indivíduo, aqui o problema assumiria outros contornos. Coloca-se em cena o “grupo”, rompendo com dogmas liberais e reconhecendo a insuficiência de algumas de suas principais premissas. Percebe-se, enfim, que a lógica individualista não é o bastante para dar conta de um modelo procedimental capaz de conformar a realidade”. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Direito Processual Coletivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 54-55.

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos, p. 4; “A ideia fundante do processo coletivo é possibilitar a cognição judicial dos interesses metaindividuais por iniciativa de um único intermediário, legalmente legitimado para a tutela de direitos da coletividade, a fim de incrementar o acesso à justiça, o que remete à essência de interesse público do processo coletivo, e, consequentemente, de instrumento realizador de direitos fundamentais”. VASCONCELOS, Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. **Op. Cit.**, p. 68.

³² “Para esses e outros fenômenos análogos volta-se atualmente, de preferência, a atenção dos estudiosos. De um lado, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de instrumentos efetivos de tutela semelhantes matérias. De outro, os esquemas tradicionais e os meios ordinariamente previstos para a solução de conflitos de interesses parecem aí, com frequência, inadequados ou insuficientes. Não são poucas as questões que, postas em relação a tais temas, passam a revestir feição ‘peculiar’, e por isso mesmo a exigir tratamento específico, diverso daquele a cujo emprego se acostumaram os juristas, no campo do processo e alhures. Semelhantes peculiaridades precisam ser identificadas e esclarecidas, como condição indispensável ao correto equacionamento dos problemas em foco”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 39, 1985, p. 55 (Revista dos Tribunais Online).

³³ “O mecanismo protetor, aí, ou funciona em caráter preventivo, ou decididamente não funciona de modo que valha a pena. Cumpre evitar a consumação do mal, que, consumado, é em regra irremediável. Ora, não se pode infelizmente dizer que a farmacopéia legal, pelo menos em nosso país, seja muito rica em remédios preventivos. [...] Mas lesar ‘deixando de fazer’ será porventura menos grave que lesar ‘fazendo’?” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos, p. 7.

cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico (art. 1º, § 1º).

Por mais paradoxal que isso possa aparentar, o certo é que a realidade nem sempre se encaixa perfeitamente em repartições,³⁴ de modo que, vez ou outra, pode ocorrer de uma lei de conteúdo democrático ser criada sob a batuta de um governo autoritário, assim como o contrário também se torna possível, com a criação de leis de conteúdo autoritário no seio de um governo democrático.

Esse movimento tendente a conferir efetividade à tutela coletiva ganhou força a partir do final dos anos 1970, por meio do *Projeto Florença*, desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que, posteriormente, resultou no lançamento da célebre obra *Acesso à Justiça*, cuja segunda onda renovatória cuida justamente da ampliação das técnicas processuais destinadas à tutela do direito coletivo *lato sensu*, conforme será exposto no item seguinte.

2.2. A SEGUNDA ONDA RENOVATÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Foi com a disseminação das ideias do Estado Social³⁵ sobre o direito de ação, que se passou a verificar o nexos de causalidade entre o acesso à justiça e a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos.³⁶ Não se quer com isso dizer que antes deste

³⁴ “Antes de mais nada, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias. O direito brasileiro oferece exemplos sugestivos. Leis processuais insuspeitas de autoritarismo foram editadas ou preparadas sob governos militares: v.g., respectivamente, a Lei 4.717, de 29.06.1965, que regula a ação popular, e a Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplina a ação civil pública. Ambas são diplomas de corte manifestamente democrático, onde nada se encontra que fira, de leve sequer, as garantias das partes. Nem foi autoritário, no (mau) sentido político da palavra, o Código de Processo Civil de 1939, editado sob o Estado Novo.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 122, 2005, p. 1 (Revista dos Tribunais Online).

³⁵ “O movimento pelo ‘acesso à justiça’ constitui, pois, um aspecto central do moderno Estado Social ou ‘welfare state’. [...] Juízes e tribunais converteram-se, assim, em elementos fundamentais do Estado social, daí haver falado de um ‘gigantismo jurisdicional’ que sucedeu ao gigantismo dos ramos ‘políticos’, legislativo e administrativo”. CAPPELLETTI, Mauro. **Op. Cit.**, p. 386.

³⁶ “A temática do acesso à justiça, sem dúvida, está intimamente ligada à noção de justiça social. Podemos até dizer que ‘o acesso à justiça’ é o ‘tema-ponte’ a interligar o processo civil com a justiça social. Tal perspectiva, porém, traz à tona, ainda, a desmistificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista. O juiz e o processualista, se um dia se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si próprios, pois a afirmação de

período não havia proteção, inclusive legal, a essa categoria de direitos, mas sim enfatizar que a partir de tal momento, em lento processo de modificação cultural, preocupou-se com a sua proteção adequada, efetiva e tempestiva.

Duas são as finalidades básicas do sistema jurídico alvejadas pelo acesso à justiça: a primeira, consistente na igualdade de acesso a todos; a segunda, relacionada ao dever de produzir resultados individual e socialmente justos.³⁷

Como, em regra, o Estado proibiu a autotutela, passou a oferecer, em contrapartida, a viabilização do acesso à justiça a todos os jurisdicionados, com a superação dos obstáculos existentes no curso deste caminho, porque “ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter”.³⁸

Em outras palavras: o reconhecimento do acesso à justiça apenas sob o ponto de vista formal, mas não efetivo, corresponde também apenas à igualdade formal e não efetiva.³⁹

Daí que o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁴⁰

No plano do processo judicial, o acesso à justiça não se esgota com a possibilidade do cidadão acessar o Judiciário ou obter uma sentença que somente declare a tutela de seu direito. O acesso que se busca é à ordem jurídica justa,⁴¹ que possibilite a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

A legislação e a prática processual civil precisou se desprender da cultura liberal-individualista que criou um processo civil disperso dos direitos coletivos.⁴² Só por conta das

neutralidade já é opção ideológica do mais denso valor, a aceitar e a reproduzir o ‘status quo’. Por isso é necessário deixar esclarecido que o tema do acesso à justiça, a permear o processo civil, é opção ideológica desmistificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25 e 26.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

³⁸ “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela). Dos interesses sob a proteção do direito objetivo. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição, surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos os cidadãos, eis que não podem eles se valer da autotutela”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 185.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 9.

⁴⁰ **Idem, Ibidem**, p. 12.

⁴¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁴² “A influência exercida pelo ‘individualismo’ sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através do

transformações socioeconômicas é que se pode perceber que as estruturas do processo civil clássico eram insuficientes para realizar a proteção dos novos direitos delas decorrentes, no âmbito de uma sociedade de massa e revestida por rápidas e constantes transformações.⁴³

O modelo processual individualista, focado na tutela do direito individual e no ajuizamento da ação somente pelo titular de direito lesado, era visto como um assunto tratado por apenas duas partes e que se destinava a solucionar um conflito entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses. Os direitos pertencentes à coletividade, grupos, classes ou categorias não se enquadravam a esse esquema.⁴⁴

Além disso, as ações individuais que tratam de direitos transindividuais não impedem a ocorrência de certos inconvenientes, tais como o risco de decisões judiciais conflitantes, a morosidade processual, os gastos excessivos, a litigiosidade contida e a pouca efetividade das decisões.⁴⁵

Com efeito, percebeu-se que “o indivíduo mostra-se simplesmente incapaz de se proteger por si mesmo de forma adequada”,⁴⁶ porque ao agir de modo isolado, age em disparidade de armas.⁴⁷ Vislumbrou-se uma supremacia macroscópica⁴⁸ da tutela coletiva

Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Op. Cit.**, p. 56.

⁴³ “O certo é que a sociedade moderna — caracterizada pela massificação da produção, da comercialização, do consumo e da comunicação — impõe, crescentemente, a participação coletiva. É por isso que, na esfera da implementação de seus direitos e interesses, os cidadãos não mais se contentam com respostas meramente individuais para a solução de conflitos que ultrapassam a esfera individual. Ao conflito massificado, uma tutela igualmente massificada!” BENJAMIN, Antônio Herman. **Op. Cit.**

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 49.

⁴⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Op. Cit.**, p. 9-10.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 59.

⁴⁷ “Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como os dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos, de categoria e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. Esses direitos e interesses são, a miúdo, demasiadamente ‘fragmentados’ e ‘difusos’, como se possível recorrer a fórmulas tradicionais — típicas do ‘processo de duas partes’ de procedimento e de tutela jurisdicional. Se deseja-se obter uma tutela efetiva, e não meramente nominal, a esses direitos não meramente individuais, mas tipicamente coletivos, é necessário presumir e até estimular, ajudar o ‘acesso’ dos representantes (públicos e privados) desses grupos desorganizados e de contornos imprecisos e amiúde ‘imprecisáveis’ — por exemplo, os consumidores de alguns produtos industriais — representantes que estarão, por outro tanto, em juízo não por si mesmos, mas pela totalidade da classe ou categoria dos portadores do interesse difuso que defendem. É o caso de se reiterar que estes interesses difusos tornaram-se de importância fundamental, a raiz das características das modernas economias, baseadas sobre forma de produção, distribuição e consumo tipicamente coletivos e de massa; e é, assim também, caso de destacar que a dificuldade de produção de tais interesses acentua-se enquanto, não raramente, pelo contrário, aos centros do poder (econômico-político) públicos e privados, perfeitamente organizados, de maneira que a ‘equality of arms’ é dificilmente realizáveis”. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**, p. 387-388.

⁴⁸ “Conflitos que podem e devem ser resolvidos macroscopicamente, por envolverem ao mesmo tempo um feixe de relações jurídicas, e não apenas microscopicamente, individualmente, como se vem fazendo até hoje”.

sobre a tutela individual.⁴⁹ Técnicas processuais foram criadas para tutelar de forma adequada o direito coletivo. Sem que o processo correspondesse aos anseios de proporcionar uma solução adequada, tudo ficaria situado no plano do cumprimento voluntário das obrigações⁵⁰ e, como se sabe, o direito desacompanhado de força impositiva pode ser tornar uma mera carta de intenções ou de desejos.

Essa segunda onda renovatória produziu importantes frutos no Brasil, em especial a partir da década de 1980, aproveitando-se em boa medida da experiência decorrente da Lei nº 7.415/1985 (Lei da Ação Popular) e do direito comparado, para redefinir institutos com a adoção das seguintes medidas centrais segundo entendimento da doutrina especializada: (i) atribuição de legitimidade ativa para órgãos públicos especializados para a tutela extraprocessual e judicial de direitos metaindividuais; (ii) extensão da legitimação para agir para sujeitos privados como associações, sindicatos e cidadãos que não tenham sido pessoalmente prejudicados; e (iii) ampliação dos poderes do juiz para prestar tanto tutela reparatória quanto tutela preventiva e proferir sentenças com eficácia não somente às partes.⁵¹

Foi nessa esteira que a Lei nº 6.938/1981, que, ao instituir a política nacional do meio ambiente, conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de responsabilidade civil e criminal em face do poluidor que tenha causado danos ao meio ambiente (art. 14, § 1º), surgindo, nesse momento, portanto, a primeira previsão legal brasileira sobre a ação civil pública ambiental.⁵²

Posteriormente, a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), prevê a possibilidade de ajuizamento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro direito difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social (art. 1º, da Lei 7.347/1985).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências na Tutela dos Interesses Difusos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 78, 1984, p. 283.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: Para Além da Proteção dos Interesses Individuais e Homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

⁵⁰ “Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria frequentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade”. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 148.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências na Tutela dos Interesses Difusos, p. 292.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

Infelizmente, a este artigo foi incluído parágrafo único pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, na contramão da filosofia das ações coletivas, para estabelecer a inadmissibilidade da ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.⁵³

Três anos mais tarde a Constituição Federal de 1988 universalizou a proteção aos direitos transindividuais, sem estabelecer qualquer restrição quanto ao objeto do processo coletivo.⁵⁴

O fato do art. 5º, XXXV, declarar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” representa três significativos avanços em comparação com a ordem constitucional anterior. Primeiramente, porque permite a proteção à ameaça a direito, ou seja, o ajuizamento para impedir que a ameaça se concretize em lesão. Posteriormente, a propositura da ação pode se dar sem o prévio esgotamento da via administrativa – ressalva feita à Justiça Desportiva.⁵⁵ Por fim, a tutela ao direito pode ser individual ou coletiva, porque, diferentemente do que constava na Constituição revogada, o direito agora mencionado não se encontra qualificado de individual, levando-se em conta, portanto, os direitos coletivos também,⁵⁶ o que é reforçado por estar o art. 5º dentro do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.⁵⁷

Em outros dispositivos a Constituição Federal também foi enfática no reconhecimento de direitos de natureza coletiva. O art. 5º, LXX, cuidou do mandado de segurança coletivo, passível de ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos seus membros ou associados. O art. 5º, LXXIII, ampliou o âmbito de proteção da ação popular para também prever a moralidade administrativa e o meio ambiente. A representação associativa, prevista

⁵³ Ver pertinentes críticas em: BUENO, Cassio Scarpinella. **Requiem para a Ação Civil Pública**. Coordenadores: FIUZA, César Augusto de Castro; DE SÁ, Maria de Fátima; DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, páginas 49-72.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, p. 11.

⁵⁵ “A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada ‘jurisdição condicionada’ ou ‘instância administrativa de curso forçado’. [...] Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições esportivas que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF 217 § 1º)”. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 194.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 434.

⁵⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Op. Cit.**, p. 13.

no art. 5º, XXI, permite que associações, quando expressamente autorizadas, representem seus filiados judicial e extrajudicialmente. Já o art. 8º, III, dispôs que os sindicatos possuem legitimidade para defenderem os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Por fim, ainda no plano constitucional, o art. 129, III, conferiu legitimidade ao Ministério Público para exercer a função institucional de promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e também de outros interesses difusos e coletivos. No parágrafo primeiro deste artigo, consignou-se que a legitimação do Ministério Público não impede a propositura da ação civil pública por outros legitimados, na forma da lei.

Na sequência, em atenção ao art. 5º, XXXII, da CF, que assegura a defesa do consumidor pelo Estado, na forma da lei, e ao comando previsto no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, veio à luz a Lei nº 8.078/1990, que criou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Trata-se de um Código de caráter multidisciplinar, porque disciplina a proteção do consumidor de forma conectada a questões alocadas no Direito Constitucional, Civil, Penal, Processual e Administrativo.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública ganhou contornos de maior amplitude pela formalização de uma nova categoria de direitos e interesses passíveis de tutela, a saber: os individuais homogêneos (art. 81, III). Além disso, o art. 117 acrescentou o art. 21 à Lei nº 7.347/1985, para que as inovações decorrentes da defesa do consumidor em juízo sejam também aplicadas à tutela de todos os direitos transindividuais. Isso também fica evidenciado pelo art. 90 do CDC, ao dispor sobre a aplicação das ações pertinentes à defesa do consumidor em juízo à ação civil pública, incluindo a possibilidade de instauração de inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições específicas.

Diversas outras leis posteriores à Constituição Federal de 1988 também cuidam da tutela coletiva dos direitos, merecendo destaque as que seguem: Lei nº 7.853/1989, que cuida da proteção dos interesses das pessoas com deficiência; Lei nº 7.913/1989, que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.429/1992, que versa sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional; Lei nº 8.884/1994, que trata da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências; Lei nº 10.257/2001, que cria o Estatuto das Cidades, para tratar de interesses urbanísticos; Lei nº

10.741/2003, que criou o Estatuto do Idoso; e Lei 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, dentre outras afins.

Embora a legislação brasileira sobre a temática versada seja uma das mais avançadas de todo o mundo, havendo normas de reenvio e adequado diálogos das fontes, com uma doutrina altamente avançada e uma jurisprudência consolidada, em especial a decorrente do Superior Tribunal de Justiça, o processo evolutivo ainda não está concluído, pois todos os avanços proporcionados são insuficientes para equacionar todas as situações contemporâneas advindas da vida de relação.⁵⁸

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, capitaneado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, deu margem ao Projeto de Lei nº 5.139/2009, o qual foi rejeitado no mérito, sem que fosse reconhecida a sua inconstitucionalidade. Há recurso pendente de julgamento até o presente momento.⁵⁹

Atualmente, tramitam três projetos de lei com a finalidade de alterar a legislação acerca dos processos coletivos: o Projeto de Lei nº 4.441/2020, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, que se encontra aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados;⁶⁰ o Projeto de Lei nº 4.478/2020, de autoria do Deputado Federal Marcos Pereira, que foi apensado ao projeto anterior;⁶¹ e o Projeto de Lei nº 1.641/2021, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, também apensado ao Projeto de Lei nº 4.441/2020.⁶²

Desse modo, aguarda-se a chegada, no momento oportuno – que talvez ainda esteja um pouco distante –,⁶³ de uma nova legislação que reconheça os avanços ocorridos nas

⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139, de 29 de abril de 2009**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁶³ “Basta olhar com atenção: é difícil imaginar, num período tão conturbado sob todos os aspectos (político e institucional especialmente), como este pelo qual passamos, que haja espaço para uma discussão serena, predominantemente técnica (não exclusivamente política) a respeito de um tema que envolve a defesa de

últimas décadas e que promova novas técnicas processuais e extrajudiciais com o objetivo de melhor viabilizar a tutela dos direitos transindividuais.

Porém, enquanto essa legislação não chega o cenário não é causador de elevado grau de preocupação aos jurisdicionados, tendo em vista que há um microsistema de tutela coletiva – como se verá no *item* seguinte – que cumpre adequadamente o seu propósito, sendo modelo para outros países.

Ademais, mudanças substanciais podem ocorrer nesse campo sem que haja necessidade de alteração da lei, como, aliás, se propõe no âmbito deste trabalho, embora a positivação seja recomendada, por fomentar a segurança jurídica.

2.3. MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

Nos primórdios do Direito Oriental, foram criados manuscritos e monumentos, sendo alguns preservados até os dias de hoje, como o Código de Hamurabi,⁶⁴ o mais famoso deles, e de cunho preponderantemente penal. Porém, no Estado Moderno, a codificação teve o Código Civil francês de 1804 como seu marco inicial, sendo posteriormente fortalecido pelo Código Civil Alemão de 1900. Esses códigos tinham a preocupação de criar um corpo único de textos normativos, de acordo com uma estrutura organizacional interna e a fim de proporcionar estabilidade e segurança.⁶⁵

A codificação requer o emprego de uma técnica apurada para coordenar textos normativos referentes às relações jurídicas de um determinado ramo do Direito, de modo a criar um corpo sistemático, harmônico e uno.⁶⁶

interesses que, normalmente, não encontram arena adequada, senão no processo coletivo”. LEONEL, Ricardo de Barros. Processo Coletivo: Preocupações Legislativas. In: **Revista Consultor Jurídico**, 30 de outubro 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-30/ricardo-leonel-processo-coletivo-preocupacoes-legislativas>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁶⁴ “O direito oriental tem uma longuíssima histórica, associada aos povos do Crescente Fértil. Podem-se tomar vários exemplos diferentes que foram os Impérios orientais. Nem tudo sobreviveu, Mas alguma coisa foi preservada: encontraram-se manuscritos e monumentos e até, como se diz hoje, ‘códigos’ inteiros, como o Código de Hamurabi. Há também um direito egípcio e um direito hitita por volta dos anos 1500 a.C. Uma experiência bastante particular, porém, encontra-se nos livros de tradição judaica. A Bíblia conserva algo que provavelmente existiu em todo o oriente, ou seja a justiça das aldeias de cunho família patriarcal”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 11.

⁶⁵ “Deveras, a codificação, reunindo num só texto legal normas vigentes de um determinado ramo do Direito, foi uma meta dos governantes desde os primórdios da civilização. Foi o objetivo principal de Hamurabi, Justiniano, Carlos Magno, Napoleão, D. Pedro II etc., por revelar o direito de um povo e por ter o caráter de permanência, trazendo uma contribuição enorme à aplicação jurídica”. DINIZ, Maria Helena. Código Civil de 1916. In: **História do Direito Brasileiro**. Organizador: BITTAR, Eduardo C. B. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 329.

⁶⁶ “O trabalho de codificação requer o emprego de uma técnica apurada, uma vez que tem por escopo a coordenação de normas alusivas às relações jurídicas de uma só natureza ou espécie, criando um corpo sistemático e harmônico, dotado de unidade. Realmente, a codificação é a reunião coordenada de leis, num único texto ou corpo, em forma de código, desde que relativas a um determinado ramo do Direito ou a relações

Durante 322 anos, o Brasil Colônia foi regido pelas leis portuguesas: as Ordenações Afonsinas (até 1521), as Ordenações Manuelinas (de 1521 a 1603) e as Ordenações Filipinas (de 1603 até a elaboração de códigos, em conformidade com a Lei de 20.10.1823 e do art. 179, XVIII, da Constituição do Império, de 1824).⁶⁷

Em 1830 veio à luz o Código Criminal do Império, em 1832 o Código de Processo Criminal⁶⁸ e em 1850 o Código Comercial. O Regulamento 737, também de 1850, fazia às vezes de Código de Processo Civil, disciplinando o processamento das causas comerciais.⁶⁹

Somente após muitos anos é que foi criado o primeiro Código Civil, no ano de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua.⁷⁰ Esse atraso se justifica pela escravidão que marcou parte deste período, mas também pela conjugação de outros motivos, como a utilização do Código Comercial, a existência de leis especiais regulamentando alguns assuntos relevantes atinentes aos contratos e à propriedade, a atuação da doutrina e ao fato de que o direito de família continuava a ser regido pela Igreja, então encarregada dos registros civis.⁷¹

A Constituição da República, de 1891, por inspiração norte-americana quanto à formação e organização estatal, instaurou a forma federativa, como também a

jurídicas a mesma natureza, criando princípios harmônicos, segundo critério objetivo. É um processo de organização jurídica que apura sob uma unidade orgânica as normas vigentes, modificando-as, eliminando-as ou inovando-as. Trata-se não só de uma unificação do direito vigente sobre uma espécie de relação jurídica, reunindo de modo uniforme, num só corpo, as normas, mas também de uma contribuição valiosa para facilitar o estudo desse direito”. DINIZ, Maria Helena. **Op. Cit.**, p. 329.

⁶⁷ “[...] essas ordenações portuguesas, seja pela falta de rigor técnico, seja pela falta de fundamentação científica, não podem ser enquadradas dentro da conceituação mais rígida e moderna de código”. ALMEIDA, Gregório de 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, p. 46.

⁶⁸ No Código de Processo Criminal havia um anexo que versava sobre a “disposição provisória acerca da administração da justiça civil”. “Com apenas vinte-e-sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários – enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil, que, infelizmente, não veio a ser elaborado”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105.

⁶⁹ “[...] considerando-se a época em que se elaborou e as condições brasileiras, o Regulamento n.º 737, não só pela linguagem clara e precisa, como ainda pela simplificação dos atos processuais, redução dos prazos e melhor disciplina dos recursos, não obstante fiel às linhas mestras do direito filipino, ‘marcou sem dúvida uma fase de progresso em nosso direito processual’ (Lopes da Costa), que nele, ainda hoje, vai encontrar uma das fontes de numerosas instituições”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1, p. 52.

⁷⁰ “O Código Civil de 1916, pautado por uma visão liberal individualista clássica, foi obra decorrente do trabalho de Clóvis Beviláqua, que iniciou a elaboração do anteprojeto em 1889, concluindo-o no mesmo ano. O CC/1916 seguiu, em parte, a sistematização do BGB alemão (de 1900, com vigência a partir de 1900) tanto que continha uma parte geral (arts. 1º a 179) e uma parte especial (art. 180 a 1.807) composta por quatro livros”. ALMEIDA, Gregório de 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, p. 47.

⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Op. Cit.**, p. 225.

descentralização das competências administrativas e legislativas para os Estados.⁷² Como consequência, todos os Estados passaram a ter a possibilidade de elaborarem a sua respectiva Constituição e suas leis acerca dos mais variados assuntos, inclusive os de natureza processual. Institui-se, portanto, não apenas a dualidade de justiça (da União e dos Estados), como a dualidade de processos.

São exemplos disso o Código de Processo do Estado da Bahia, de 1915, o Código de Processo Civil do Paraná, de 1920, o Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais, de 1922, o Código de Processo Civil do Distrito Federal (Rio de Janeiro), de 1924, e o Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, de 1930, dentre outros, sendo a maioria simples adaptações do modelo federal,⁷³ por falta de preparo técnico e científico dos legisladores para renovar o direito processual brasileiro.⁷⁴

Entretanto, alguns Estados optaram por continuar a seguir aplicando o Regulamento nº 737, não chegando a elaborar código próprio.

Com a Constituição da República de 1934, restabeleceu-se o sistema unitário para todo o país,⁷⁵ prevendo a vigência dos códigos estaduais até que se promulgasse o Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, e com vigência estabelecida a partir de 1º de março do mesmo ano.⁷⁶

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, com a velocidade dos acontecimentos subsequentes e o reconhecimento de direitos coletivos a partir das transformações sociais alavancadas pela Revolução Industrial e pelo Estado Social, houve a superação da visão de um mundo aparentemente estável e controlável por meio de regramentos dispostos em um único código a tratar de determinada matéria.

⁷² LEITE, Antônio Teixeira. A Constituinte de 1934 e a Unificação do Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, nº 2, jul./dez. 2016, p. 38. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/52bccb35a40e973d4455d83efe7228b5.pdf>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.**, p. 107; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, p. 30.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 1, 13.

⁷⁵ “Art. 11, das Disposições Transitórias - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. § 1º - O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente. § 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08.02.2022.

⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. Cit.**, p. 56.

As certezas expressadas pela codificação foram colocadas em xeque, deflagrando-se a chamada “Era da Desconstituição”,⁷⁷ com o deslocamento de parcela das matérias para o âmbito de leis especiais, bem como com o reconhecimento de que as constituições desempenham o papel de centralidade no sistema.⁷⁸

Certamente, os códigos não deixaram de existir, mas passaram a ser desenvolvidos com maior grau de flexibilidade, ao invés de manterem-se rígidos à concepção de que bastariam por si próprios para regularem todas as situações da vida relativas aos assuntos neles previstos, com a manutenção inquebrantável da ordem e da unidade.

Quer dizer, percebeu-se a necessidade dos códigos não mais permanecerem incomunicáveis e serem vistos como se fossem autossuficientes. Bons exemplos dessa mudança podem ser encontrados nos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” e nas “cláusulas gerais”, por permitirem a realização de um diálogo mais intenso entre os possíveis significados extraíveis do texto normativo e as necessidades do caso concreto.⁷⁹ Outra situação que bem evidencia esse fenômeno é a inclusão de regras heterotópicas (de natureza distinta) nos códigos.⁸⁰

A criação de diplomas legais plúrimos, intercomunicantes, esparsos e todos conectados a um determinado assunto, embora tenha se iniciado com o Direito Civil se estendeu para outros ramos, como o Direito Administrativo, Direito Penal, Processual Penal, Processual Civil e Processual Coletivo.

Nessa esteira, como consequência da descodificação, surgiram os microssistemas, entre eles o de processo coletivo, que é composto por um conjunto de diplomas legais voltados à regulamentação de temas comuns e afins, a evidenciar o “‘policentrismo’ do direito contemporâneo”, com “vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente sobre todos os demais, em razão de ser o fundamento de validade formal e material no ordenamento jurídico), o Código de Processo Civil e as leis esparsas”.⁸¹

No direito brasileiro existem diversas leis específicas que cuidam da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Elas se conectam e interagem entre si,

⁷⁷ IRTI, Natalino. *L’Età dela Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 3.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 7; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.*, p. 47.

⁷⁹ AZEVEDO, Júlio Camargo. O Microssistema de Processo Coletivo Brasileiro (Uma Análise Feita à Luz das Tendências Codificadas). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 7, p. 481. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20831/15109>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁸⁰ “Além disso, o legislador, para garantir a efetividade dos diplomas normativos, muitas vezes valeu-se de ‘regras heterotópicas’ (de outra natureza): quando o legislador criou o microssistema de defesa do consumidor, não descurou de apontar regras processuais para a efetivação dos direitos ali assegurados, além de normas de direito administrativo e de direito penal”. DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.*, p. 49.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 49.

de acordo com os caminhos construídos pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de reconhecer a autonomia deste ramo do Direito, em razão de possuir princípios e institutos próprios, que se diferenciam do processo individual, sobretudo em relação à legitimidade ativa, litispendência, conexão, continência e coisa julgada.

São identificados temas comuns e, a partir deles, são estabelecidos diálogos para a formação de um verdadeiro microsistema de processo coletivo, o qual é composto, em seu núcleo, pela Lei da Ação Popular, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, e, ainda, pela Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, em sua periferia, mas sempre em ininterrupta articulação com a Constituição Federal e com o Código de Processo Civil.⁸²

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, têm reconhecido a existência do microsistema de processo coletivo.⁸³

Para conferir operacionalidade e aplicabilidade às diretrizes derivadas deste microsistema de processo coletivo, a doutrina especializada apresenta os seguintes critérios a serem observados - os quais são aqui adotados: a) primeiramente, a solução do conflito coletivo deve ser buscada no diploma legislativo específico; b) posteriormente, no caso de ausência de solução ou de previsão insatisfatória, deve-se buscar a solução no núcleo do microsistema (LACP, LAP e CDC); c) por fim, ao persistir a ausência de solução para o conflito, deve-se buscar supletiva e subsidiariamente⁸⁴ o fundamento determinante para a

⁸² DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 53.

⁸³ “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 510.150/MA**. Relator: Min. Luiz Fux, de 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8903270/recurso-especial-resp-204822-stj/relatorio-e-voto-14028394>>. Acesso em: 08.02.2022; “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA). 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microsistema de tutela coletiva. Precedente do STJ. 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido. 4. Recurso especial não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.217.554/SP**. Relatora: Minª. Eliana Calmon, de 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001847486&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em: 08.02.2022.

⁸⁴ “[...] ‘os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si’, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam completude como requisito mínimo, aderindo a uma

resolução da controvérsia nos demais diplomas legislativos que tratam sobre processos coletivos, sob coordenação do CPC e desde que não venham a se chocar com a lógica e os princípios do próprio microsistema do qual fazem parte e com a Constituição Federal.⁸⁵

Enquanto não se tem um Código de Processo Coletivo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência trabalham para o desenvolvimento adequado da ideia de microsistema de processo coletivo, com o objetivo de atribuir previsibilidade, segurança jurídica e efetividade, eis que possui regras, princípios e modo de operação próprio.⁸⁶

2.4. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Por questão de ordem, antes de enfrentar os assuntos que são diretamente relacionados ao tema tratado no decorrer deste *item*, torna-se necessário o enfrentamento de duas questões de ordem doutrinária. A primeira: há diferença entre defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos? A segunda: qual a terminologia deve ser empregada, a que se refere a direitos ou a que adota a expressão interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos?

Para parte prestigiosa da doutrina, na linha de Toeri Albino Zavascki, trata-se de um equívoco confundir a defesa de direitos coletivos com a defesa coletiva de direitos, não sendo considerado correto conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente (individuais homogêneos), o mesmo tratamento que é dado aos direitos metaindividuais (difusos e coletivos), “lançando todos eles em vala comum, como se lhes fosse comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo”.⁸⁷

Nos direitos individuais homogêneos há uma pluralidade tanto de sujeitos (que são determinados) quanto do objeto de direito material (que é divisível e decomposto em

intertextualidade ‘intrassistemática’. Esta intertextualidade se dá agora com o CPC. Quer dizer, ‘as leis especificamente relacionadas à tutela coletiva assumem-se incompletas e, para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica, encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva’”. DIDIER, JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 55; MECA, Daniela; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A Limitação Territorial da Coisa Julgada Como Óbice ao Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 16, n. 23, jul./dez. 2018, p. 168. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1972>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁸⁵ DIDIER, JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 54.

⁸⁶ SILVA, Juvêncio Borges da. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: um novo paradigma jurídico-processual. **Revista Paradigma**, nº 1, 2009, p. 53-67. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/42>>. Acesso em: 31.01.2022.

⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. **Tese de Doutorado**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 30-31. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>>. Acesso em: 08.02.2022.

partes autônomas), diferentemente do que ocorre em relação aos direitos transindividuais (indivisíveis e indeterminados ou indetermináveis).

Logo, não deveriam ser tratados como uma nova espécie de direito material,⁸⁸ ou seja, não deveriam ser admitidos como uma espécie de direitos coletivos *lato sensu*, gênero do qual só deveria englobar os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

Entretanto, apesar de se reconhecer que os direitos individuais homogêneos sejam direitos individuais atribuíveis a sujeitos determinados, não dando ensejo a nova espécie de direito material, por outro lado, sob o enfoque do direito processual – o qual ora se adota como adequado –, o que se pretende realçar é que o acesso individual à justiça por parte de quem teve o seu direito lesado ou ameaça de lesão pode ser substituído pelo acesso coletivo.⁸⁹

Por cuidarem de direitos individuais idênticos, recomenda-se que a proteção seja coletiva por meio de uma única ação, com a finalidade de evitar decisões conflitantes e, assim, otimizar a prestação da tutela jurisdicional.⁹⁰

Portanto, sob o ponto de vista formal, os direitos individuais homogêneos podem ser considerados integrantes dos direitos coletivos.

Já no tocante ao segundo ponto introdutório acima indicado, pertinente à terminologia mais adequada para tratar do assunto, se interesses ou direitos metaindividuais, o ordenamento jurídico brasileiro parece tratar de ambas as expressões indistintamente. Por exemplo, o art. 1º, V, da Lei nº 7.347/1985, prevê que a ação civil pública pode ser ajuizada em razão de danos causados “a qualquer interesse difuso ou coletivo”; o art. 8º, III, da CF, estabelece ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria”; o art. 127 da CF incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; o art. 129, III, da CF, também em alusão ao Ministério Público, assegura-lhe a função de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”; já o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, *caput*, dispõe que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.⁹¹

⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Op. Cit.**, p. 33. No mesmo sentido: Elton Venturi sustenta que a proteção dos direitos individuais homogêneos não se trata “propriamente de tutela de direitos coletivos, senão de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual para incentivar a justiça de tais pretensões, que, não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisdicional”. VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Op. Cit.**, p. 412.

⁹¹ Não há grifos na redação original.

Parcela da doutrina opta por utilizar interesses em detrimento de direitos, sustentando que por interesses se referem aos legitimamente considerados, que seriam um *tertium genus*, vistos como mais amplos do que os interesses simples e menos abrangentes do que os direitos subjetivos.⁹²

Contudo, como tanto os interesses quanto os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente previstos, todos devem ser tratados unicamente como direitos, de maneira que, no Brasil, não se justifica a transposição da doutrina italiana, que é de onde advém a expressão *interessi legitimi*.⁹³

Diferentemente do que ocorre na Itália, há, no Brasil, a subdivisão dos direitos subjetivos em privados e públicos. Lá há uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade da jurisdição), adotando-se dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro alusivo aos interesses legítimos. O primeiro, por versar sobre relações entre particulares, é julgado pela justiça civil, enquanto os últimos, que cuidam das relações entre os particulares e a administração pública ou que versam sobre interesse social relevante, são julgados perante órgãos da justiça administrativa.⁹⁴

A diferenciação entre direito subjetivo e interesse legítimo não deve ter aplicação no direito brasileiro, que prevê a unidade da jurisdição, na medida em que os conceitos a eles relacionados se reduzem à única categoria de direitos subjetivos, que podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos. Todos são, pois, direitos.⁹⁵

Em suma: embora os termos interesses e direitos tenham sido aparentemente tratados como sinônimos, “certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo ‘status’ de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.⁹⁶

Esclarecidas essas questões, passa-se a análise dos direitos transindividuais.

⁹² “Entre os dois extremos – o direito subjetivo e o interesse simples – abre-se espaço para o ‘interesse legítimo’. Não há, propriamente, uma diferença ‘essencial’ e sim uma diferença em termos de ‘intensidade’ quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos se beneficiam de uma proteção ‘máxima’, e os interesses simples são praticamente ‘ignorados’ pelo sistema, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis ‘erga omnes’, beneficiam de uma proteção ‘limitada’, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou pretendidos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85.

⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 66; “Há, portanto, entre o direito processual brasileiro e o continental-europeu, uma nítida diferença quanto às posições legitimantes. No direito brasileiro, a *legitimatío ad causam* da parte se reporta sempre a um direito subjetivo, que realmente existe ou pelo menos assume a aparência de existir, cuja lesão, ameaça ou estado de incerteza objetiva, deverão servir de fundamento para invocar-se a atuação do Judiciário”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Op. Cit.**, p. 54.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 67.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 67.

⁹⁶ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 739.

De acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a defesa dos consumidores e das vítimas da relação consumerista poderá ser exercida em juízo de maneira individual ou coletiva, sendo admissíveis todas as espécies de ações para propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 83 do CDC).

Ocorre que essas previsões não incidem apenas sobre tais relações de consumo, porque o art. 21 da Lei nº 7.347/985, alterado pelo art. 117 do CDC, passou a estabelecer que elas aplicam-se a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de quaisquer natureza, em observância, portanto, à irradiação da funcionalidade decorrente do microsistema de tutela coletiva.

Nos termos do art. 81, parágrafo único, I, do CDC, são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os direitos difusos são notabilizados pela indivisibilidade de seu objeto. A lesão ou a ameaça ao direito de um de seus titulares representa, a um só tempo, a lesão ou a ameaça ao direito de todos os seus titulares, e, igualmente, pela lógica do raciocínio invertido, a satisfação de um só gera a necessária satisfação de todos.⁹⁷ Não há coincidência entre os direitos difusos e os direitos pertencentes a uma determinada pessoa, porque neles estão unificados todos os indivíduos ligados por um denominador fático qualquer.⁹⁸

Isso ocorre porque possuem “um alto índice de desagregação ou de ‘atomização’ que lhes permite referirem-se a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo”.⁹⁹ “O direito não possui titularidade subjetiva: pertence, pela própria definição e natureza, a um grupo indeterminado de pessoas. Não é possível, em consequência, realizar tutela fragmentada ou parcial dessa espécie de direito coletivo”.¹⁰⁰

É o caso de publicidade enganosa ou de propaganda abusiva veiculadas em rede de televisão, rádio, jornais e em outras mídias, pois a veiculação tem a potencialidade de lesar todos os consumidores sob a abrangência do correspondente raio de atuação, como se verifica em acórdãos proferidos pelo STJ, que reconheceram, respectivamente, a contrariedade ao art. 37 do CDC, por anúncio de alienação de terrenos em um loteamento irregular direcionado aos

⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos*, p. 2.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 56.

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 96.

¹⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 472.

consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia,¹⁰¹ e por campanha publicitária infantil envolvendo a prática de venda casada.¹⁰²

Cuidam também de direitos difusos os relacionados à tutela do meio ambiente por conta de emissão de substâncias poluentes para a atmosfera,¹⁰³ da explosão de navio que acarretou o vazamento de metanol e gases combustíveis nas águas da Baía de Paranaguá,¹⁰⁴ bem como da prática de turbação, esbulho e desmatamento ilegal na floresta amazônica.¹⁰⁵

Há uma indeterminabilidade de titulares e todos se encontram ligados por uma situação de fato comum. No exemplo da publicidade enganosa, dela foram vítimas todas as pessoas em número indeterminado que tiveram acesso à veiculação. Do mesmo modo, os danos ambientais mencionados unem todos os titulares a um fato de origem comum, estando todos por eles afetados.

Assim como acontece nos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* referem-se a direitos que extrapolam o plano individual, porém, tendo a sua titularidade atribuída, indivisivelmente, a um grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base, como ocorre, por exemplo, entre os membros de um sindicato, de uma associação ou de um partido político.

Tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos transindividuais, por não pertencerem a nenhum indivíduo determinado. Contudo, a principal diferença entre eles está no fato de que os direitos difusos os sujeitos são indeterminados, dissolvidos na sociedade, e que se encontram ligados por circunstâncias fáticas, ao passo que nos direitos coletivos *stricto sensu* são titulares os sujeitos inseridos em grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com quem tenha sido o causador da lesão ou ameaça ao

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.539.056/MG**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 18 de maio de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501446406&dt_publicacao=18/05/2021>. Acesso em: 08.02.2022.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.558.086/SP**. Relator: Min. Humberto Martins, de 10 de março de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500615780&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 08.02.2022.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.121.233/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, de 14 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900195474&dt_publicacao=02/02/2011>. Acesso em: 08.02.2022.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.401.500/PR**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302931370&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 08.02.2022.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.905.367/DF**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001021941&dt_publicacao=14/12/2020>. Acesso em: 08.02.2022.

direito, ou seja, na determinabilidade,¹⁰⁶ permitindo, assim, que haja a identificação do conjunto de pessoas que possam ser determinadas e consideradas titulares desses direitos.¹⁰⁷

Os direitos coletivos *stricto sensu* podem ser visualizados, por exemplo, no reconhecimento de transtornos decorrentes da apresentação da banda de rock U2 no estádio do Morumbi em fevereiro de 2006, porque essa situação se refere a um grupo de titulares determináveis, que são os consumidores que adquiriram ingresso para o *show*.¹⁰⁸ Além disso, evidencia-se a caracterização dessa espécie de direito na declaração de admissibilidade de pagamento de terço constitucional de férias proporcionais na rescisão de contrato temporário de professor da rede pública estadual antes de 12 meses de serviço.¹⁰⁹

Já os direitos individuais homogêneos são direitos individuais com um traço de identidade em sua origem.¹¹⁰ Somente podem ser considerados como espécies dos direitos coletivos *lato sensu* na perspectiva formal, porquanto a ordem jurídica autoriza a tutela coletiva por levar em conta a identidade de situações de massa que precisam ser tratadas de maneira uniforme para todos.¹¹¹ O seu caráter surge do tratamento processual a ele conferido, tratando-se de uma espécie de direito processualmente coletivo.¹¹²

“A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”, bastando, para tanto, imaginar a situação em que as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada pela mídia em vários dias seguidos adquiriram produto nocivo à saúde em espaço de tempo e em regiões diferentes, apresentando como causa de tais danos fatos de inequívoca homogeneidade “que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.¹¹³

¹⁰⁶ “Nas duas modalidades de interesses ou direitos ‘coletivos’, o traço que os diferencia dos interesses dos interesses ou direitos ‘difusos’ é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária”. WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 744; DIDIER JR., Fredie; ZANETTI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 70.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 431.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 611.299/SP**. Relator: Min. Min. Herman Benjamin, de 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402611748&dt_publicacao=05/09/2016>. Acesso em: 09.02.2022.

¹⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível 1021244-42.2019.8.26.0053. Relator: Des. Marcelo Semer, de 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14234852&cdForo=0>>. Acesso em: 09.02.2022.

¹¹⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Lanfolfo. **Op. Cit.**, p. 38.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 429.

¹¹² BESSA, Leonardo Roscoe. **Op. Cit.**, p. 472.

¹¹³ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 746.

Trata-se de uma ficção criada pelo legislador para possibilitar a tutela coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)¹¹⁴ e que busca realizar uma melhor resposta estatal com a otimização da igualdade de tratamento e a facilitação de acesso à justiça, em particular em relação a direitos de pequena expressividade individual, de modo a tentar impedir a ocorrência do fenômeno da litigiosidade contida,¹¹⁵ diante da qual os jurisdicionados optam por suportar os efeitos malévolos da lesão ou ameaça a direito do que buscarem a proteção do direito em juízo,¹¹⁶ em razão da insignificância individual da lesão.¹¹⁷

Como o objeto é divisível, a tutela do direito pode ser obtida tanto por meio do ajuizamento de uma ação individual quanto por meio de uma ação coletiva. O critério a ser observado é o da “maior ou menor utilidade de uma ou de outra via”.¹¹⁸

Se quando os direitos individuais puderem ser aglutinados em regime de litisconsórcio e assim proporcionarem a proteção mais adequada, ou então quando a propositura de ações individuais se apresentarem como a melhor via para a obtenção dos resultados desejados, a ação coletiva deve ceder espaço. Por outro lado, quando a proteção dos direitos individuais puder ser realizada de forma mais adequada pela ação coletiva, esta deve ser utilizada por mostrar-se mais vantajosa à tutela coletiva.

No plano da realidade, dentre as infundáveis hipóteses, os direitos individuais homogêneos podem se expressar por situações que envolvem a aquisição por parte de consumidores de garrafas de água mineral impróprias para o consumo,¹¹⁹ a existência de cláusulas abusivas em contratos de seguro de vida e acidentes pessoais,¹²⁰ a compra de

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 72.

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

¹¹⁶ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 109.

¹¹⁷ “No âmbito das relações de consumo, os exemplos das lesões de bagatela evidenciam a importância do processo coletivo na tutela dos direitos processualmente coletivos (DPC). Exemplifique-se com a cobrança indevida de R\$ 2,00 na fatura mensal do cartão de crédito de dois milhões de consumidores por 20 meses. De um lado, na ótica da empresa, há vantagem financeira significativa. Ao final do prazo de 20 anos, obter-se-ia um ganho equivalente a R\$ 40 milhões de reais. De outro lado, nenhum consumidor, mesmo após vários meses de cobrança indevida, levaria a lesão sofrida para o Judiciário, considerando o valor do dano individual, os custos e o tempo despendido do direito violado”. BESSA, Leonardo Roscoe. **Op. Cit.**, p. 473.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 429.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.888.383/RS**. Relatora: Min.ª Nancy Andrighi, de 01 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000390556&dt_publicacao=01/12/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.724.754**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, de 01 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702450760&dt_publicacao=01/12/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

determinado veículo após veiculação de publicidade contendo informação falsa¹²¹ e ilegalidade de multa contratual estabelecida apenas em benefício da incorporadora em contratos formados com adquirentes de propriedade imobiliária.¹²²

É importante destacar a incorreção de se classificar o direito transindividual segundo a matéria genérica, afirmando, por exemplo, que o meio ambiente é direito difuso, que o direito do consumidor é coletivo etc., pois o que vai determinar se um direito é difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo “é o ‘tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe’ a competente ação judicial, ou seja, o tipo ‘de pretensão de direito material’ que se deduz em juízo”.¹²³

A depender da situação, o mesmo fato pode ser classificado de acordo com cada espécie de pretensão deduzida. No acidente com o *Bateau Mouche IV*, ocorrido no Rio de Janeiro no final de 1.988, uma das vítimas poderia propor ação individual em razão dos prejuízos sofridos (direito individual), uma entidade associativa poderia ajuizar uma ação de indenização em favor de todas as vítimas (direito individual homogêneo), uma associação das empresas de turismo poderia ajuizar ação objetivando obrigação de fazer para a manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), e, ainda, o Ministério Público poderia ajuizar ação em favor da vida e segurança das pessoas, pleiteando a interdição da embarcação para que não aconteçam novos acidentes (direito difuso).¹²⁴

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.588.036/RJ**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001164787&dt_publicacao=16/04/2021>. Acesso em: 09.02.2022.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.549.850/SP**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501948833&dt_publicacao=19/05/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

¹²³ NERY JR., Nelson. **Op. Cit.**, p. 211.

¹²⁴ **Idem, ibidem**, p. 211; É representativo da situação o seguinte acórdão do STJ, que reconhece a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na mesma ação: “1. A ação civil pública vindicando o reconhecimento de abusividade de cláusula de contratos presentes e futuros de incorporadora aborda questão de relevante interesse social, por envolver contratos com preços vultuosos, abrangendo muitas vezes todas as economias de famílias e, no caso específico de compra e venda de imóvel em relação de consumo, o próprio direito de moradia. No caso concreto, há: I) direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles que firmaram contrato; II) direitos coletivos resultantes da suposta ilegalidade em abstrato de cláusula contratual de tolerância, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais da ré; III) direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 2. Na linha da jurisprudência do STJ, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o propósito de velar direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.549.850/SP**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501948833&dt_publicacao=19/05/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

Com base nos apontamentos apresentados neste *item*, acredita-se ter as condições necessárias para avançar na análise das situações fulcrais ligadas ao processo coletivo, uma que acontece antes (legitimidade ativa) e outra que ocorre após (coisa julgada) a sua instauração.

2.5. O ANTES E O DEPOIS DO PROCESSO COLETIVO

2.5.1. A legitimidade ativa

De acordo com o microsistema de processo coletivo brasileiro, a legitimação ativa para a ação coletiva é plúrima, possuindo-a: a) qualquer cidadão, no tocante ao ajuizamento da ação popular (art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.717/1965); b) partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação, para a impetração de mandado de segurança coletivo (art. 21, *caput*, da Lei nº 12.016/2009); e c) o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou sociedades de economia mista e as associações, para propositura de ação civil pública (art. 5º *caput*, da Lei nº 7.347/1985 e art. 82, *caput*, do CDC).

Em relação à associação, exige-se, tanto para o mandado de segurança coletivo, quanto para a ação civil pública, que esteja legalmente constituída há pelo menos um ano e que tenha entre os seus fins institucionais a defesa do objeto pleiteado na demanda, dispensada autorização assemblear (art. 21, *caput*, da Lei nº 12.016/2009, art. 5º, V, da Lei 7.347/1985, e art. 82, IV, do CDC). Entretanto, o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz na hipótese de existir manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou por conta da relevância do bem jurídico tutelável (art. 5º, § 4º, da Lei 7.347/1985, e art. 82, § 1º, do CDC). Embora a lei nada diga a respeito da dispensa da pré-constituição da associação para impetrar mandado de segurança coletivo, o microsistema de processo coletivo autoriza a aplicação desse entendimento a toda espécie de ação coletiva.

A legitimação da ação coletiva é concorrente e disjuntiva, o que significa dizer que o ajuizamento da ação não depende da participação dos outros legitimados nem mesmo de autorização prévia destes. Como a legitimação foi conferida a vários entes, cada um deles pode, agindo sozinho, propor a ação coletiva de acordo com a espécie que se esteja a tratar,

sendo permitida a formação de litisconsórcio meramente facultativo,¹²⁵ segundo o art. 5º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 7.347/1985.

Como previsto no art. 17 do CPC, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Interesse de agir e legitimidade para a causa são condições para ao exercício do direito de ação, e, na falta de uma delas, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 485, VI, CPC).

Em regra, no processo individual, quem se afirma titular do direito é quem poderá, em nome próprio, pleiteá-lo, caso em que a legitimação se diz ordinária. No caso em que ocorrer situação inversa, com alguém agindo em nome próprio, na defesa de direito alheio, a legitimação é considerada extraordinária pela lei (art. 18, *caput*, do CPC), tratando-se de substituição processual.

Se, no processo individual, considera-se parte quem participa do processo em contraditório em busca da proteção de um direito que afirma possuir e terceiros aqueles que não integram o processo nessa condição, ainda que, de algum modo, tenham vinculação com o direito material nele deduzido, no processo coletivo, “a própria nomenclatura ‘terceiros’ é questionável, pois aqui estes são os verdadeiros titulares do direito metaindividual discutido em juízo, representados no processo por um autor ideológico legitimado adequadamente para a defesa da coletividade”.¹²⁶

No processo coletivo, a legitimação é extraordinária, pois os legitimados ativos previstos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais correspondentes atuam na qualidade de substitutos.¹²⁷ O cidadão,¹²⁸ o Ministério Público, uma associação, ou qualquer

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 435.

¹²⁶ SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira. Coisa Julgada Como Desafio Para a Concreção da Tutela Jurisdicional Coletiva Adequada. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 17, nº 3, set./dez 2017, p. 615. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5962>>. Acesso em: 31.01.2022.

¹²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil – Parte Geral do Código de Processo Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, vol. 1, p. 439-440; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.**, p. 260.

¹²⁸ Em relação à ação popular, há prestigiosa doutrina sustentando posicionamento contrário, sustentando que a legitimidade ativa é ordinária. Nesse sentido: “Realmente, parece que a postura processual do autor popular não permite enquadrá-lo, exatamente, nos lindes da legitimação extraordinária, enquanto substituto processual. Primeiro, o autor popular não atua, propriamente, numa “substituição” das posições jurídicas dos demais cidadãos integrantes da coletividade, já que seu móvel precípua é a tutela do direito público subjetivo à administração proba e eficaz; naturalmente, em sendo bem sucedido nessa empreitada, os ‘demais cidadãos’ disso se beneficiarão por via reflexa, o que aliás é bem típico dos interesses difusos, onde se dá uma espécie de ‘solidariedade’, em que a vantagem de um se desdobra em proveito de muitos. Em segundo lugar, ao contrário do que usualmente ocorre na substituição processual, não há vínculo jurídico entre o autor e os demais cidadãos, o que permite que estes venham a juízo como litisconsortes (Lei 4.717/65, art. 6º, § 5º), numa demonstração,

outro legitimado, buscam, em nome próprio, a tutela do direito de outrem, situações em que “não há coincidência entre o ‘legitimado’ e o ‘titular’ da situação jurídica discutida”.¹²⁹ Isso quer dizer que esse regime de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil é o regime ordinário na ação civil pública”.¹³⁰

Há quem sustente, por outro lado, tratar-se de legitimação ordinária, inclusive quem o fizesse ainda sob a égide da Constituição anterior e em momento prévio à Lei nº 7.347/1985, como o fez Kazuo Watanabe, atribuindo às associações e a outros corpos intermediários a defesa de direitos difusos, entendimento este que poderia ser extraído, à época, de fundamentos como a liberdade de associação, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a justiça social e a utilização inversa da técnica de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, a fim de expressar que o objetivo estatutário é aquele expressado pelos seus associados.¹³¹

Posteriormente, o ilustre processualista que defendia esse posicionamento parece tê-lo revisto, em razão do extenso rol de legitimados ativos previstos no microsistema processual coletivo. Mas, independentemente disso, sob a perspectiva lógica, a legitimação ordinária no processo coletivo não parece ser a melhor tese a ser defendida: “ou se vai a juízo defender situação jurídica de que se afirme titular, ou se vai a juízo defender situação jurídica cuja titularidade é imputada a terceiro – entre os opostos contraditórios não há meio termo, ‘tertium non datur’”.¹³²

Por essas mesmas razões, tem-se por inaplicável a legitimação autônoma para a condução do processo, oriunda da Alemanha e defendida no Brasil por Nelson Nery Júnior, sob o argumento de ser desnecessário recorrer-se a mecanismos de direito material para explicar a legitimação.¹³³

portanto, de que o autor popular não “substituíra” aos demais outros cidadãos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 177.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Op. Cit.**, p. 61.

¹³¹ WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimidade para Agir. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa: Conceito Atualizado de Acesso à Justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 260-261. Esse texto foi originariamente publicado na **Revista de Processo**, nº 34, Ano 9, abril-junho de 1984, páginas 197 a 206.

¹³² DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 177.

¹³³ “Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como ‘extraordinária’, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras da legitimação para a causa, com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina ‘legitimação autônoma para a condução do processo’ (‘selbständige Prozeßführungsbefugnis’), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação”. NERY JR., Nelson. **Op. Cit.** p. 208.

De todo modo, não faz tanta diferença verificar como se dá a classificação da legitimidade para as ações que versam sobre direitos transindividuais e sim constatar se, efetivamente, opera-se na realidade a tutela de tais direitos.¹³⁴ “O que mais importa [...] é que os legitimados coletivos não são titulares do direito que defenderão em juízo, e tais titulares não têm legitimidade ativa para defender seus direitos”.¹³⁵

Outro ponto a ser enfrentado diz respeito à verificação da possibilidade de se realizar controle jurisdicional da legitimação coletiva, ou seja, se o juiz, no caso concreto, pode aferir se o autor da ação possui representação adequada,¹³⁶ em semelhança ao que ocorre na esfera da *class action* norte-americana.

No Brasil, tem prevalecido o entendimento de que a representatividade adequada é presumida, por decorrer da lei, não cabendo ao juiz recusar determinado representante por entendê-lo inadequado: “todos aqueles que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva”.¹³⁷

Para essa corrente, a capacidade para bem representar os titulares dos direitos transindividuais em juízo é *ope legis* e não *ope judicis*. Por isso, a representação adequada dos autores da ação coletiva teria sido abstrata e suficientemente idealizada pelo legislador, ao fazer as exigências consideradas necessárias para tanto.

O rol exaustivo dos legitimados ativos previstos em lei funcionaria como certa espécie de “filtro a eliminar, de antemão, aqueles que não teriam condições técnicas, econômicas ou mesmo liberdade para litigar na defesa dos complexos interesses supraindividuais, e atuar com desenvoltura em face de legitimados com grande poder político e/ou econômico”.¹³⁸

Sob esse ângulo, as condições para a caracterização da representação adequada foram previstas em lei quando o legislador entendeu que devia fazê-las, como, por exemplo, em relação aos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo, ao

¹³⁴ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, 1995, p. 39.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual – Volume Único*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 646.

¹³⁶ “Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”. GIDI, Antonio. A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 108, 2001, p. 61-62.

¹³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. As *Class Actions* Norte-americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 82, 1996, p. 26 (Revista dos Tribunais Online).

¹³⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Op.Cit.*, p. 63.

prever a necessidade de representação no Congresso Nacional (art. 21, *caput*, da Lei nº 12.016/2009). Seguindo a mesma linha de raciocínio, alude-se, quanto às associações, que essas condições também foram previstas diante das exigências de que elas sejam legalmente constituídas a, no mínimo, um ano antes da propositura da ação e de que os seus fins institucionais coincidam com o objeto da ação.¹³⁹

Todavia, defende-se, neste trabalho, a tese de que é constitucional e indispensável a realização do controle jurisdicional sobre a representatividade do legitimado ativo da ação coletiva, em moldes semelhantes aos operados no âmbito da *class action* norte-americana. Trata-se de um filtro a ser utilizado pelo juiz no caso concreto, sob a premissa de que “não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor ‘qualquer’ demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades”.¹⁴⁰

A previsão legal é insuficiente para garantir que o legitimado tenha compromisso com a efetiva proteção do direito transindividual, que possua conhecimento técnico suficiente para assim proceder ou que fala em nome da coletividade e, além disso, no extenso rol de legitimados previstos na lei, haverá aqueles que terão maior afinidade com determinadas áreas ou temas do que outros.¹⁴¹

Na prática, pode surgir o dilema de um direito transindividual ter a sua tutela buscada por quem tenha ajuizado a ação de forma errada, insuficiente ou objetivando proteção na forma não desejada pelo grupo de pessoas representadas. Em tais casos, melhor seria que a ação sequer tivesse sido proposta para, assim, evitar a ocorrência de um mal maior. “Até mesmo pelos reflexos de uma ação judicial mal conduzida – em termos de tutela jurisdicional e de preclusão a novas discussões – o manejo da tutela coletiva por sujeito inadequado pode conduzir a um agravamento do problema, ao invés de uma solução”.¹⁴²

¹³⁹ Sobre os requisitos das associações: “a) elas devem estar ‘legalmente constituídas’ (requisito da constituição legal) – o que afasta a legitimidade das entidades informais, sem personalidade jurídica, e que, por tais razões, costumam ser econômica e tecnicamente precárias; b) devem existir a pelo menos um ano antes da propositura da ação (requisito da pré-constituição) – o que, de certo modo, garante um mínimo de experiência da entidade, e combate a criação de instituições oportunistas, ou seja, aquelas constituídas com o único propósito de ajuizar uma determinada ação civil pública; e c) devem ter em seus fins institucionais a defesa dos mesmos tipos de interesses objeto da ação (requisitos da pertinência temática) visando-se a garantir um mínimo de idoneidade e familiaridade com o interesse a ser protegido em juízo (art. 5º, V, *a e b*, da LACP; art. 82, IV, do CDC); d) nas ações em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e suas autarquias e fundações, deve haver expressa autorização da assembleia dos associados, e a petição deve ser acompanhada da respectiva ata, bem como da relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços (Lei 9.494/1997, art. 2º-A, parágrafo único)”. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Op. Cit.**, p.63-64.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 187.

¹⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 202.

¹⁴² **Idem, ibidem**, p. 202.

Poder-se-ia argumentar que o controle judicial da representação adequada seria desnecessário diante da possibilidade da mesma ação coletiva ser proposta no caso de improcedência do pedido por insuficiência da prova. Isso é verdade. Mas o problema não está aí e sim quando a incompetência técnica ou o desinteresse do representante repercutir na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica expressada na sentença coletiva, eis que, nesses casos, a mesma ação não poderá ser proposta com base em uma melhor argumentação ou fundamentação. Além disso, a ação coletiva não poderá jamais ser reproposta em tutela dos direitos individuais homogêneos.¹⁴³

Portanto, a aferição da representatividade adequada deve ser feita no plano concreto, a partir do conteúdo da demanda coletiva. A falta de previsão legal específica nesse sentido não é um impedimento para o controle judicial da representatividade, porque a questão deve ser analisada sob a ótica das garantias constitucionais do processo.

De acordo com o modelo constitucional de processo, deve-se partir do ponto de que a representatividade adequada “oferece elo fundamental para tornar legítima e razoável a intenção de vincular terceiros, não participantes do processo, aos efeitos e, sobretudo, à coisa julgada formada em processo coletivo”,¹⁴⁴ preservando-se, em relação a estes, o respeito ao devido processo legal coletivo.¹⁴⁵

É inadmissível a vinculação de direito de terceiro ao resultado de certo processo do qual não lhe tenha sido autorizada a participação diretamente ou, ao menos, do qual não tenha acontecido a adequada representação de seus direitos ou de suas posições. Com efeito, a ausência de controle judicial da representatividade adequada implica autorizar a possibilidade de ocorrer a inadequação da representatividade dos direitos transindividuais,¹⁴⁶ presumindo-se algo externado pela letra da lei que nem sempre se concretiza no plano da realidade.

A legitimação ativa *ope legis* pode ser um ponto de partida para a aferição da representação adequada, mas não basta por si, devendo-se conferir a existência de outros elementos, a fim de que o representante possa se apresentar como um legítimo porta-voz do direito tutelado e não apenas representante de sua própria vontade,¹⁴⁷ devendo o autor de a ação coletiva assumir o ônus de convencer o órgão julgador quanto a ser ele um representante adequado dos interesses o grupo.¹⁴⁸

¹⁴³ GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, p. 63.

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 203.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 190.

¹⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 208.

¹⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 209.

¹⁴⁸ GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, p. 67.

Portanto, se o juiz constatar que o autor da ação coletiva não detém representatividade adequada, deverá oportunizar a sua substituição por outro legitimado que seja dotado do que faltava ao primeiro, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.¹⁴⁹

Outro aspecto importante a ser tratado é o da pertinência temática, que é a coincidência entre os fins institucionais que o autor da ação coletiva apresenta e o objeto que ele pretende tutelar, ou seja, a exteriorização de um vínculo de afinidade entre o legitimado e o pedido formulado na ação.

Para o ajuizamento da ação, o ente legitimado deve demonstrar “interesse específico na pretensão deduzida”, o que quer dizer “que a proteção buscada se insere dentro de suas finalidades ou ao menos gere reflexos para a sua atuação legal ou estatutária”.¹⁵⁰

Nessa perspectiva, apresentam-se exemplos para melhor compreender a aplicação da pertinência temática.

Uma associação legalmente constituída para a proteção do meio ambiente tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com a finalidade de impedir que uma indústria continue a emitir gases poluentes na atmosfera e ainda condená-la ao pagamento da indenização cabível. Um sindicato da classe dos professores pode agir por meio da impetração de mandado de segurança coletivo buscando a tutela de direitos dessa mesma classe profissional.

Por outro lado, essa mesma associação de defesa do meio ambiente não pode pleitear a tutela judicial dos direitos pertencentes à classe dos professores, ou o sindicato da categoria dos professores requerer a proteção do meio ambiente nas situações acima apresentadas, pois, tanto em um caso quanto em outro, não existirá nexo entre as suas funções institucionais e o objeto da lide.

Todavia, associações e sindicatos, quando agirem como substitutos processuais, têm legitimidade para atuar judicialmente na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* de toda a categoria que representam, sendo desnecessária a relação nominal dos afiliados, assim como de suas respectivas autorizações.¹⁵¹

¹⁴⁹ GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, p. 68.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 438-439.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 446.652/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 18 de março de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304041559&dt_publicacao=27/03/2014>. Acesso em: 22.02.2022.

Já o Ministério Público possui plena atuação como autor da ação coletiva que visa tutelar direitos transindividuais, tanto os difusos e coletivos (meio ambiente, patrimônio público¹⁵² etc.), quanto os individuais homogêneos, desde que, em relação a estes últimos, seja reconhecida a existência de relevância social a qual o agir do *Parquet* esteja condicionado,¹⁵³ como, por exemplo, para proteger os direitos da criança ou o idoso,¹⁵⁴ para impedir a cobrança abusiva de mensalidades escolares,¹⁵⁵ para assegurar assistência médica e odontológica à comunidade indígena¹⁵⁶ ou à pessoa que não disponha de recursos financeiros suficientes para custear o tratamento,¹⁵⁷ ainda que a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada,¹⁵⁸ para anular concurso realizado sem a observância dos princípios constitucionais,¹⁵⁹ para pleitear indenização decorrente do seguro obrigatório

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 329**. Brasília: DF, de 02 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sumstj/article/download>>. Acesso em: 22.02.2022.

¹⁵³ "Direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico". ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista de Processo**. São Paulo Revista dos Tribunais, nº 78, 1995, p. 47.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 1.005.587/PR**. Relator: Min. Luiz Fux, de 02 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702694500&dt_publicacao=14/12/2010>. Acesso em: 22.02.2022; "O fundamento legal da atuação do Ministério Público em defesa dos interesses transindividuais de pessoas idosas encontra-se nos arts. 127, 'caput', e 129, II e III, da CR, 82, III, DO CPC, 1º, IV, da LACP, e arts. 74-5 da Lei 10.741/03, entre outros. No tocante à proteção individual do idoso, o Ministério Público a fará sempre que haja indisponibilidade de interesse (como no caso de incapacidade), ou quando o objeto da ação esteja relacionado com a idade avançada e a atuação protetiva ministerial seja socialmente proveitosa". MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, p. 606.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 163.231/SP**. Relator: Min. Maurício Corrêa, de 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 04.03.2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.311.156/SE**. Relator: Min. Sidnei Benetti, de 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.064.009/SC**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 04 de agosto 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801227377&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.410520/MG**. Relatora: Min.ª Eliana Calmon, de 03 de 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303453944&dt_publicacao=10/12/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 946.973/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 05 de junho de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700939327&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.409.346/RS**. Relator: Min. Sidnei Benetti, de 25 de março de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101016667&dt_publicacao=01/08/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

(DPVAT) em benefício do segurado,¹⁶⁰ para tutelar os direitos dos mutuários do Sistema Financeiro de Habitação.¹⁶¹

Por outro lado, embora a Lei nº 11.448/2007, ao alterar o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, tenha em seu inciso II previsto a legitimidade ativa da Defensoria Pública, não é toda e qualquer ação civil pública que pode ser por ela ajuizada, tendo em vista que tal legitimidade só é ampla quando se tratar de direitos difusos, pois nos casos de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos ficará restrita à tutela dos hipossuficientes.¹⁶²

Uma vez reconhecida a ilegitimidade ativa ou a irregularidade da representação processual, como já decidiu o STJ,¹⁶³ aplica-se sistemática diversa daquela tradicional inerente aos processos de traço liberal-individualista, não acarretando a extinção do processo sem resolução do mérito, pelo fato de competir ao juiz da causa a abertura de oportunidade para o ingresso de outro colegitimado no polo ativo da demanda.

É de todo adequado o posicionamento jurisprudencial do STJ. Primeiro, por dar ênfase à máxima efetividade da tutela jurisdicional coletiva, extraída do microsistema de processo coletivo, do qual, por inexistir “‘restrição’ ou ‘limitação’ específica para

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula 470**. Brasília: DF, de 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_470_2015_Segunda_Secao.pdf>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 739.483/CE**. Relator: Min. Humberto Martins, de 06 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500538970&dt_publicacao=23/04/2010>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁶² “[...] 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo ‘*stricto sensu*’ ou difuso, pois sua legitimidade ‘*ad causam*’, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou ‘status’ dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo). 6. ‘É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a ‘*legitimatío ad causam*’ da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais’ (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.264.116/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 18 de outubro de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101565299&dt_publicacao=13/04/2012>. Acesso em: 04.03.2022.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.388.792/SE**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 06 de maio de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301891233&dt_publicacao=18/06/2014>. Acesso em: 04.03.2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.177.453/RS**. Relator: Min. Campbell Marques, de 30 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000147730&dt_publicacao=30/09/2010>. Acesso em: 04.03.2022.

determinada técnica processual, ‘não podem’ lhe ser aplicadas – por subsidiariedade ou por analogia – travas previstas para outro procedimento”.¹⁶⁴

Segundo, porque, ao decidir desse modo, em respeito ao princípio da economia processual, oportuniza a regularização do polo ativo na tentativa de evitar que a mesma ação seja proposta por autor diverso em prejuízo dos titulares do direito material representados.

Passa-se, agora, a analisar o que acontece após o encerramento do processo coletivo, ou melhor, os efeitos provenientes da sentença transitada em julgado.

2.5.2. A coisa julgada

A formação da coisa julgada ocorre com a não interposição do recurso cabível no prazo legal ou com a verificação de que todos os recursos cabíveis já foram interpostos e decididos.¹⁶⁵ Almeja-se, a partir disso, a estabilização da relação jurídica entre as partes, de modo a sepultar o litígio, permitindo à parte vencedora desfrutar plenamente o direito reconhecido na sentença sem ser molestado pelo vencido com novas postulações capazes de colocar em risco o seu gozo.¹⁶⁶

Uma hora o processo precisa chegar ao fim com uma decisão definitiva. No dilema entre a busca da justiça do caso concreto (justo absoluto ou utópico) e a segurança jurídica (justo possível), optou-se por essa última¹⁶⁷ para colocar-se um ponto final ao trato da matéria controvertida em juízo, oferecendo a solução final ao conflito (coisa julgada material) ou a extinção dos vínculos da relação processual (coisa julgada formal).¹⁶⁸

A coisa julgada é prevista no art. 5º, XXXVI, da CF (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), que “nasce do processo e depois volta ao processo para limitar o exercício da jurisdição em relação à mesma causa”.¹⁶⁹

¹⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 173.

¹⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 795.

¹⁶⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 3, p. 313.

¹⁶⁷ “Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (‘justo possível’), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira”. NERY JR., Nelson. **Op. Cit.**, p. 56.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 3, p. 302.

¹⁶⁹ “A coisa julgada é um ‘produto do processo’, que em um segundo tempo ‘volta ao processo’ para limitar os julgamentos que ali podem ser realizados. Vista com a amplitude própria ao direito constitucional, ela é uma garantia oferecida ‘ao vencedor’, para que a segurança obtida mediante a sentença passada em julgado fique imune a novos questionamentos, seja pelo juiz, pelo legislador, pelo administrador, seja também pelo vencido. Quando vista pela óptica específica da ordem processual, é a imunidade da sentença de mérito a novos

Uma vez deflagrada a coisa julgada material, o seu aspecto político pretende evitar que os conflitos se eternizem, sendo uma garantia, a um só tempo da segurança jurídica (art. 5º, *caput* e XXXVI, da CF) e da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF).¹⁷⁰ Assim, trata-se de um elemento indispensável ao Estado Democrático de Direito.¹⁷¹

Já pelo aspecto jurídico, pautado no princípio da unidade da jurisdição, exterioriza a vontade única do Estado acerca do pedido que lhe foi formulado, o que é bem expressado no art. 505 do CPC, ao prever que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”.

Nenhum órgão do Poder Judiciário poderá se manifestar novamente sobre demanda transitada em julgado, a não ser quando estiver diante de uma das exceções previstas em lei, ensejadoras do ajuizamento de ação rescisória (art. 966 do CPC). Mas não é só isso. A decisão acobertada pela coisa julgada material, além de não poder ser novamente discutida pelas partes ou pelo juiz, o legislador também não poderá afastá-la, inclusive, por tratar-se de cláusula pétreia, de forma que não pode ser atacada nem mesmo por meio de emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Há uma perfeita articulação entre a coisa julgada e o devido processo legal, porque a inferência judicial sobre a liberdade ou os bens das partes só terá legitimidade se for consubstanciada no ordenamento jurídico e realizada pelos meios e condições nele estabelecidos. Se o Judiciário já tiver atuado uma vez em determinada situação, só lhe será autorizado a atuar novamente de acordo com o que estiver legalmente previsto em lei. Do contrário, a ingerência será arbitrária.¹⁷²

Ademais, deve-se fazer o registro de que a coisa julgada está ligada não apenas à segurança jurídica das partes de um dado processo judicial, devendo também incidir sobre os demais jurisdicionados, “pois todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente devem poder confiar na certeza desse direito, que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais”.¹⁷³

Da coisa julgada material extraem-se duas funções, uma negativa e a outra positiva.

questionamentos depois de haver se tornado irrecorrível”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 3, p. 302.

¹⁷⁰ GRECO, Leonardo. **Op. Cit.**, p. 313.

¹⁷¹ NERY JR., Nelson. **Op. Cit.**, p. 56.

¹⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 99-100.

¹⁷³ GRECO, Leonardo. **Op. Cit.**, p. 319.

A primeira (a função negativa), diz respeito à proibição de que a mesma postulação seja novamente levada ao Estado-juiz no afã de se obter resultado diverso, hipótese em que tanto o juiz *ex officio* pode conhecer da matéria (art. 337, § 5º, do CPC), quanto pode o réu alegá-la em sede de preliminar de contestação (art. 337, VII, do CPC), considerando-se que a coisa julgada é um pressuposto processual negativo.¹⁷⁴ Permitir o julgamento do mérito em processo posterior que verse sobre a mesma demanda (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido) é um atentando a economia processual e fonte de perigo à isonomia e à harmonização dos julgados.¹⁷⁵

A segunda (a função positiva) versa sobre a obrigatoriedade de a coisa julgada anterior ser observada entre as partes perante as quais foi proferida em face de qualquer outra postulação ainda que se tenha em vista a obtenção de outra finalidade.¹⁷⁶ Nesse caso, o juiz da causa não está impossibilitado de julgar o mérito da segunda demanda, porque ele apenas fica vinculado ao que foi definitivamente decidido na demanda anterior.¹⁷⁷ Por exemplo, do reconhecimento da paternidade constante em decisão transitada em julgada, não se poderá novamente discutir a matéria alusiva à paternidade em processo posterior que cuide da pretensão filho ao recebimento de pensão alimentícia.

No processo civil tradicional, de natureza liberal-individualista, a coisa julgada era limitada às partes entre as quais a sentença era prolatada, de maneira a não beneficiar nem prejudicar terceiros, conforme previsto no art. 472, *caput*, primeira parte, do CPC/73. A imutabilidade estava relacionada à possibilidade de participação da parte no processo que a coisa julgada era formada.

O CPC/15, corretamente, ao cuidar dos limites subjetivos da coisa julgada, estabeleceu, no art. 506, que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Reconheceu-se que beneficiar terceiros é possível, mas prejudicar, não. Com efeito, da alteração legislativa, “a coisa julgada pode beneficiar terceiros, em hipóteses em que incidam os ‘princípios’ pertinentes ao liticonsórcio unitário – ou, ao menos, a solução da unitariedade em relação a uma determinada questão”.¹⁷⁸

Os limites subjetivos da coisa julgada, analisados pelas lentes do processo civil tradicional, fundamentam-se no brocardo *tertio neque nocet neque prodest* e funcionam bem

¹⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Procedimento nos Tribunais e Recursos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. 2, p. 357.

¹⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 799.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Procedimento nos Tribunais e Recursos**, p. 357.

¹⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 800.

¹⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 818.

na realidade dos conflitos intersubjetivos, porém, esse sistema não é adequado para atuar nas relações complexas que envolvem os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, posto que na coisa julgada coletiva cuida-se de direitos que não pertencem exclusivamente às partes formais do processo.

Por isso, “não seria possível prestar tutela jurisdicional adequada aos direitos coletivos (‘lato sensu’), se a sentença tivesse autoridade somente entre as partes em que era dada, porque, caso assim o fosse, todos os titulares do direito teriam de estar no polo ativo da ação”.¹⁷⁹

À vista das diferenças existentes entre a coisa julgada individual e a coisa julgada coletiva, o legislador, ao tratar desta última, criou um regime peculiar, pois “procurou estabelecer um sistema diferenciado, não só levando em conta o ‘conteúdo do julgado’, mas também considerando que o autor da ação está agindo não por seu egoístico interesse, mas representando toda uma coletividade”.¹⁸⁰

Os substituídos processuais, em ação coletiva ajuizada por um de seus substitutos, são também atingidos pela coisa julgada, porque é no nome daqueles que a demanda, embora em nome deste que seja proposta.¹⁸¹ Os efeitos a coisa julgada coletiva atingem todos os titulares do direito material reconhecidos na sentença, potencializando o raio de abrangência da prestação da tutela jurisdicional.

O primeiro indicativo de rompimento com o modelo tradicional veio com o art. 18 da Lei nº 4.717/1965, ao dispor que a sentença proferida na ação popular terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas. Posteriormente, a Lei nº 7.347/1985 previu que a sentença civil proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*, também ressalvada a hipótese em que o pedido for julgamento improcedente por insuficiência de provas. Por fim, aprofundando o delineamento conferido à temática, o art.103 do CDC estipulou que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* no caso dos direitos difusos e individuais homogêneos (incisos I e III, respectivamente) e *ultra partes* em relação aos direitos coletivos em sentido estrito (inciso II).

¹⁷⁹ MECA, Daniela; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A Limitação Territorial da Coisa Julgada Como Óbice ao Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 16, n. 23, jul./dez. 2018, p. 161. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1972>>. Acesso em: 31.01.2022.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**, p. 371. “O legislador brasileiro procurou contornar os inconvenientes dos dois modelos clássicos, ao estabelecer um regime peculiar, no qual a coisa julgada opera com eficácias diferentes nos planos coletivo e individual”. ROQUE, André Vasconcelos. As Ações Coletivas no Direito Brasileiro Contemporâneo: De Onde Viemos, Onde Estamos e Para Onde Vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. 12, 2013, p. 41. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>>. Acesso em: 31.01.2022.

¹⁸¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, p. 288.

Há variações e desdobramentos a serem observados a respeito desse tratamento conferido á coisa julgada coletiva –, haja vista o modo diferenciado que foi regrado nas ações coletivas –, mas os dispositivos legais essenciais que disciplinam a matéria estão previstos nos arts. 103 e 104 o CDC. Embora aludam à tutela das relações de consumo, eles são aplicados também às demais ações coletivas independentemente da natureza do direito controvertido.

Isso ocorre em razão da simbiose existente entre o art. 117 do CDC e o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, ao determinarem a aplicação do Título III do CDC, no que for cabível, à tutela dos demais direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.¹⁸² Com efeito, “a disciplina da coisa julgada, contida no art. 103, rege as sentenças proferidas em qualquer ação coletiva”.¹⁸³

Em conformidade com o art. 103, I, do CDC, nas ações coletivas que tratam de direitos difusos, a coisa julgada será *erga omnes*, seja no caso de procedência ou improcedência do pedido, ressalvando apenas a insuficiência por provas. Como os direitos difusos são indivisíveis e pertencentes a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, do CDC), a solução da lide deve abranger toda a coletividade, tornando a decisão imutável para as partes do processo (substituto processual e réu) e para os substituídos.¹⁸⁴

Na hipótese de coisa julgada pela rejeição do pedido do autor, os efeitos serão *erga omnes* em relação a todos os legitimados extraordinários, não sendo permitido o ajuizamento de nova ação coletiva, pelo mesmo fundamento. Contudo, poderá assim agir, por meio de ação individual, o titular de direito pertencente pessoalmente aos integrantes da coletividade.¹⁸⁵

Ante a impossibilidade de rediscussão da matéria decidida na sentença transitada em julgado, seja em casos envolvendo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, o réu não poderá tratá-la em outro processo, ainda que seja diante de legitimado que não tenha sido parte no processo anterior. Assim, v.g., se for julgado improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público em uma ação civil pública proposta em prol da tutela do meio ambiente em razão da alegada poluição do leito do rio que corta um determinado município, não poderá outro legitimado ajuizar a mesma ação, com os mesmos fundamentos, ressalvado o caso de tê-

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 467.

¹⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 843.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 468.

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**, p. 856.

lo sido por insuficiência de provas, mas um produtor rural que teve a sua safra prejudicada por conta da água contaminada poderá propor ação própria de indenização por perdas e danos.

Na ação coletiva que cuida da tutela de direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, II, do CDC), a sistemática é a mesma, somente sendo alterada pelo fato de que a coisa julgada se opera *ultra partes*, atingindo as partes formais do processo e também os membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 88, II, do CDC).

De outro giro, verifica-se que a coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu* trabalha sob o regime *secundum eventum probationis* – no caso dos direitos individuais homogêneos se verá que a sistemática é distinta. Essa espécie de coisa julgada ocorrerá quando do pedido formulado na ação coletiva não se produzirá coisa julgada material, a qual, segundo preocupação do legislador, só ocorrerá quando o julgamento do litígio tiver ocorrido de maneira plenária,¹⁸⁶ diante de um contexto probatório suficiente para a formação de juízo de certeza pelo órgão julgador.

Rompe-se, assim, com o princípio de que a plenitude do contraditório é suficiente para que haja cognição exauriente.¹⁸⁷

A justificativa para o não reconhecimento da formação de coisa julgada material nessa situação é aquela inicialmente prevista no art. 18 da Lei nº 4.717/1964, que foi assumida e confirmada pelo legislador nos demais diplomas legislativos integrantes do microsistema de processo coletivo: “evitar que um eventual conluio entre o legitimado ativo (cidadão – representante adequado da coletividade) e o legitimado passivo pudesse resultar numa ofensa aos direitos dos demais cidadãos que tivessem tido representados”.¹⁸⁸ Logo, o que o legislador procurou fazer foi “imunizar a sociedade contra a fraude realizada no âmbito do processo”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 395.

¹⁸⁷ “Quando o texto legislativo afirma que não incide o óbice da coisa julgada material quando a prova é insuficiente, então, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente. Há, em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de participação do legitimado (do art. 82) do processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade. É correto afirmar, portanto, que nas ações que tutelam direitos transindividuais pode haver sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de real coisa julgada material”. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 252.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

¹⁸⁹ **Idem, ibidem, p. 208**; “[...] os sujeitos titulares do direito, ao não participarem efetivamente do processo, não poderão ser prejudicados por uma má condução processual do autor da demanda. Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação dos titulares do direito em um processo em contraditório

Portanto, mais do que a preocupação com o surgimento de uma insuficiência real do quadro probatório proporcionar uma decisão judicial frágil e insegura, o que se pretendeu foi evitar que uma manipulação ardisosa das partes viesse a produzir a insuficiência da prova na formação do convencimento do juízo.¹⁹⁰

Como a sentença coletiva de improcedência por ausência ou insuficiência de prova não faz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, a mesma ação pode ser novamente ajuizada, por todos os legitimados, inclusive por aquele que da primeira vez participou como autor, desde que instruída de prova nova (de qualquer espécie: documental, testemunhal, pericial etc.¹⁹¹), que tenha a capacidade de alterar o quadro cognitivo anterior,¹⁹² ou seja, que possibilite a obtenção de um novo resultado.

Prova nova não é sinônimo de prova superveniente, pois esta está incluída naquela. “Toda prova superveniente é nova, mas nem toda prova nova é superveniente”.¹⁹³ O que interessa saber “não é se a prova existia ou não à época da demanda coletiva, mas se foi ou não apresentada durante seu trâmite procedimental; será nova porque, no tocante à pretensão do autor, é uma novidade, mesmo que, em termos temporais, não seja algo recente”.¹⁹⁴ “Esse entendimento muito se assemelha ao conceito dado, pela melhor doutrina, ao ‘fato novo’ como fundamento da liquidação da sentença por artigos”.¹⁹⁵

Para o ajuizamento da nova ação não basta qualquer prova nova, como testemunha não ouvida anteriormente, mas que apenas confirma os depoimentos já prestados no primeiro processo, ou, então, que apenas apresenta sutis e irrelevantes alterações. É preciso que essa prova seja substancialmente nova, isto é, que, sozinha, ou em conjunto com as demais provas produzidas, demonstre ao juízo elevada probabilidade de atingir vantagem jurídica com julgamento de mérito distinto. Quer dizer: “é preciso que potencialmente ela enseje a possibilidade de um resultado diverso, justificando a rediscussão da matéria por meio do ingresso, pelo mesmo ou outro legitimado, de nova demanda coletiva”.¹⁹⁶

é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 822.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Op. Cit.**, p. 209.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 397.

¹⁹² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 252.

¹⁹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa Julgada *Secundem Eventum Probationis* e Pedido nas Ações Coletivas. In: **Processos Coletivos e Tutela Ambiental**. Organizadores: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Santos: Editora Universitária Leopoldinum, 2008, p. 164.

¹⁹⁴ **Idem, ibidem**, p. 164.

¹⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 824.

¹⁹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 164.

A prova nova não se limita àquela surgida após o término do processo de onde exsurgiu-se a coisa julgada, sendo admitidas aquelas que, embora conhecidas, eram inacessíveis, em razão de alguma circunstância externa.¹⁹⁷

É importante destacar que, a despeito de posição doutrinária em sentido contrária,¹⁹⁸ o juízo não precisa deixar expressamente consignado que o julgamento de improcedência do pedido formulado na ação coletiva se deu por ausência ou insuficiência probatória. O importante é que a insuficiência probatória possa ser vislumbrada do conteúdo da decisão, podendo-se constatar que outro poderia ter sido o resultado se o autor da ação coletiva tivesse comprovado suficientemente os fatos constitutivos de seu direito.¹⁹⁹

Numa perspectiva de ordem lógica, pode-se extrair que exigir que o juiz fundamente a sua decisão referindo-se expressamente à ausência ou insuficiência de provas é exigir algo que lhe podia ser impossível. Como se manifestar sobre algo que não existia à época da prolação da sentença?

O acolhimento dessa corrente representa retirar “a possibilidade de propositura de uma nova demanda fundada em meio de prova que não existia à época da prolação da decisão. Nesses casos, haveria um indevido e indesejável estreitamento do conceito de nova prova”.²⁰⁰ “É que a ‘insuficiência material da prova’ só pode ser constatada em outro processo, com a ‘repropositura da mesma demanda’, com a comprovação de que, se a nova prova estivesse presente no processo anteriormente extinto, o resultado poderia ter sido diferente”.²⁰¹

Se o autor da ação coletiva reproposta a tiver ajuizado sem apresentar prova nova, faltar-lhe-á interesse processual e, por consequência, a petição inicial deverá ser indeferida e o processo ser extinto sem o julgamento do mérito (art. 330, III, *c.c.* art. 485, I, do CPC). A apresentação de prova nova é, portanto, um critério de admissibilidade para a repropositura da ação coletiva,²⁰² cabendo ao juiz, nessa oportunidade, fazer um juízo de probabilidade, na

¹⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 253; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**, p. 470.

¹⁹⁸ “Nos casos de improcedência por ‘insuficiência de provas’, é de todo conveniente, para afastar dúvidas sobre o alcance subjetivo o julgado, eu o juiz ‘consigne expressamente aquela circunstância no dispositivo do julgado’, a fim de que se opere o sistema especial da coisa julgada prevista no art. 18, parte final, da LAP. Trata-se de um critério legal especialíssimo, derogatório do sistema comum, e, portanto, para sua incidência no caso concreto é preciso que o próprio julgador esclareça que está julgando ‘no estado dos autos’”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**, p. 374.

¹⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 398.

²⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 824.

²⁰¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Op. Cit.**, p. 209.

²⁰² “A apresentação da nova prova é critério de admissibilidade para a propositura da ação coletiva. Por isso, o autor coletivo deve manifestar, logo na petição inicial, a prova nova que pretende produzir. Deverá, então, o magistrado, ‘in limine litis’, convencer-se de que a nova prova é efetivamente nova e poderá ensejar, ao menos

medida em que o juízo de certeza – ou de probabilidade mais intenso – só será realizado com a produção da prova propriamente dita no decorrer da fase instrutória, salvo se a prova for documental (art. 320 do CPC).²⁰³

O ajuizamento de nova ação coletiva lastreada em prova nova será mais frequente para atestar a ocorrência de um fato relacionado à tecnologia, como acontece nas causas que cuidam do meio ambiente ou do direito à saúde, em razão das céleres e exponenciais transformações sentidas nessas áreas. Com o surgimento veloz e ininterrupto de novas técnicas ou de ferramentas nunca antes imaginadas pelas mentes mais criativas da humanidade ao longo dos anos, o grau de descoberta da verdade se torna mais acentuado, elevando-se o grau de probabilidade quanto à certeza de como ocorreram os fatos.

A verdade buscada na ação coletiva reproposta é a processual e não a real. Esta é um mito, de todo inalcançável neste plano espiritual ou em outro espaço que não seja o da metafísica. Cuida-se, nesta nova ação coletiva, ajuizada em face da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de produzir a verdade possível, que exsurge das provas produzidas em contraditório judicial.

A despeito disso, embora inatingível,²⁰⁴ porque toda convicção do órgão julgador fundamenta-se em juízo de verossimilhança,²⁰⁵ a busca da verdade como ocorrida na realidade, há de se encarada como um ideal utópico relacionado à ética ou a outro referencial teórico de percepção do conhecimento real do mundo,²⁰⁶ tendo em vista que quanto mais

potencialmente, uma decisão diversa”. GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas**, p. 135.

²⁰³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Op. Cit.**, p. 223.

²⁰⁴ “A ‘verdade dos fatos’ não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme”. TARUFFO, Michele. Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 2, 1990, p. 444; TARUFFO, Michele. Verità e Processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014, p. 1-2 (Revista dos Tribunais Online).

²⁰⁵ “[...] todas as provas, se enxergasse com detalhe, não são mais do que provas de verossimilitude. Esta afirmação de relativismo processual, feita quanto ao processo civil por um grande jurista, pode valer igualmente, não só para o processo penal, senão, mesmo fora do campo mais diretamente processual, para todo juízo histórico a respeito dos fatos que se dizem acontecidos: quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que tem conseguido, na consciência de quem como o tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato tenha ocorrido. Falo, já se compreende, não das verdades lógicas e morais, senão das verdades dos fatos ocorridos, das verdades chamadas históricas, a respeito das quais advertia já Voltaire que “lès vérites historiques ne sont que desprobabilités. CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução: Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 269-270.

²⁰⁶ “De fato, a ideia de uma verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as matemáticas não pretendem ser capazes de alcançar verdades absolutas; de fato, a ideia de uma verdade absoluta parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica. Em verdade, em todo contexto do conhecimento científico e empírico, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de “ideal regulador”, ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a

próximo possível se chegar aos fatos tal como ocorreram no plano da realidade, maior será a probabilidade de eliminação de erros no processo decisório.²⁰⁷

É preciso que se saiba que a análise da prova nova também ficará condicionada, em maior ou menor medida, conforme o caso, à subjetividade das pessoas envolvidas na produção da prova e de sua valoração. Quando uma pessoa capta uma informação, o seu conteúdo real pode ser variado, absorvido com um nível de subjetividade variável que pode distorcer o que se passou na realidade.²⁰⁸ Além disso, cabe não fechar os olhos à possibilidade de testemunhas mentirem, de peritos se equivocarem, do documento ser objeto de falsificação ou de acontecer qualquer outra espécie de distorção probatória.²⁰⁹

No que se refere aos direitos individuais homogêneos, a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes*, podendo beneficiar todas as vítimas e seus respectivos sucessores (art. 103, III, do CDC). Assim, o que foi decidido na sentença não pode ser objeto de nova discussão apresentada pelo réu em face de qualquer um dos legitimados à propositura da ação coletiva, mesmo diante daqueles que não tenha efetivamente participado do processo. Além disso, a matéria versada na sentença de procedência transitada em julgado favorece todos os indivíduos titulares do direito então reconhecido.

No caso de improcedência, preceitua o § 2º do art. 103 do CDC, que “os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”,²¹⁰ bem como também o *caput* o art. 104 do CDC, ao prever que os “efeitos da coisa julgada coletiva” “não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Trata-se, portanto, de coisa julgada *secundum eventum litis*,²¹¹ segundo a qual ocorre a extensão subjetiva do julgado apenas nos casos de procedência do pedido, de maneira que cada indivíduo titular do direito é vinculado pela sentença genérica coletiva que

empresa do conhecimento na experiência real do mundo”. TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22-23.

²⁰⁷ NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. Limites aos Poderes Instrutórios do Árbitro: Contraditório e Convenção Arbitral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1030, 2021, p. 298.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 253.

²⁰⁹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. Limites aos Poderes Instrutórios do Árbitro, p. 298.

²¹⁰ “Esse indivíduo atua como legitimado ordinário, na defesa do próprio direito, constante do feixe de direitos homogêneos. Como participa do contraditório efetivo, vincula-se à coisa julgada”. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Op. Cit.**, p. 402.

²¹¹ “O sistema brasileiro escolheu o regime da coisa julgada ‘secundum eventum litis’, ou seja, para beneficiar mas não para prejudicar as pretensões individuais, respeitando assim plenamente o princípio do contraditório, pois quem não participou (pessoalmente) da demanda não pode ser prejudicado pelo resultado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio Sobre a Processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 48.

o beneficia, podendo, em razão disso, liquidá-la e posteriormente executá-la, dispensando-se, assim, o processo de conhecimento (transporte da coisa julga *in utilibus*).²¹²

Havendo improcedência do pedido, haverá coisa julgada, mas não será *erga omnes*, seja qual for o fundamento empregado. Isso impedirá a propositura de nova ação coletiva (defesa molecularizada) com o mesmo objeto litigioso, mas não impedirá os direitos individuais homogêneos sejam tutelados de modo fragmentado, por meio de ações individuais a serem ajuizadas pelos lesados (defesa atomizada), ou, ainda, que as ações individuais já ajuizadas tenham normal prosseguimento.²¹³

Esse é um ponto bastante criticado por parcela da doutrina, por dois motivos: (i) acarretaria o risco de decisões contraditórias; (ii) geraria um desequilíbrio entre às partes do processo, com um excessivo ônus a incidir sobre o réu, que se vê obrigado a repetir a sua defesa sem a possibilidade de arguir a existência de coisa julgada a seu favor. Assim, “se a decisão for prejudicial ao réu, vigora a lógica extensiva do ‘opt out’; se lhe for benéfica, incide o pensamento restritivo do ‘opt in’”.²¹⁴

Por ser desse modo, há quem diga que, nesse modelo, “o réu coletivo nada tem a ganhar”, porque, se condenado, terá que satisfazer os direitos individuais, ao passo que, se as pretensões do autor forem afastadas, ficará sujeito à possibilidade de inúmeras ações individuais serem ajuizadas, comprometendo a segurança e a estabilização, bem como podendo acarretar a oneração econômica do bem que pretendia proteger, na medida em que esse custo seria incorporado no produto ou no serviço oferecido e, por decorrência, transferido para o consumidor.²¹⁵

Todavia, essas críticas podem ser satisfatoriamente respondidas.

Primeiramente, porque na ação coletiva o réu não é prejudicado com a violação do contraditório. Ele pode participar da relação processual, em nome próprio, defendendo direito que alega possuir, diferentemente do que ocorre com o autor da demanda, eis que este atua como substituto processual, defendendo, em nome próprio, direito alheio, por estar autorizado por lei. O réu na ação coletiva já sabe, de antemão, que, “se ganhar, só ganhará com relação ao autor coletivo mas, se perder, perderá com relação a todos”.²¹⁶

E, o que é decisivo: a sentença coletiva de procedência que tenha beneficiado pretensões individuais apenas reconhece um dever genérico de indenizar, cabendo a cada

²¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 826.

²¹³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Op. Cit.**, p. 228.

²¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 233.

²¹⁵ **Idem, ibidem**, p. 234.

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**, p. 858.

pessoa titular do direito reconhecido proceder à liquidação para apurar não só o *quantum debeatur*, mas também comprovar a própria existência do dano individual e do nexo de causalidade com o prejuízo globalmente causado (*an debeatur*).²¹⁷

Sobre o risco de decisões contraditórias, o CDC prevê, no caso de derrota do autor na ação coletiva, que novas demandas somente poderão ser individualmente propostas e a coisa julgada que vir a se formar nessa esfera terá seus efeitos restritos às partes. Se houver contradição entre a coisa julgada coletiva e a coisa julgada individual, a primeira favorecendo e a segunda prejudicando o réu, a solução é extraída do art. 104 do CDC, ao excluir o demandante individual da coisa julgada coletiva, se não requereu a suspensão de seu processo.²¹⁸

A extensão subjetiva da sentença coletiva de procedência realiza a ampliação *ope legis* do objeto do processo²¹⁹ para beneficiar terceiros, para incluir na coisa julgada o dever de indenizar, à semelhança do dever de indenizar decorrente de dano causado por crime, cuja sentença penal condenatória transitada em julgado permite que se passe desde logo à liquidação e execução no juízo cível (art. 63 do CPP; art. 515, VI, do CPC).²²⁰

Por fim, assunto dos mais polêmicos diz respeito aos limites territoriais da coisa julgada coletiva.

Inicialmente, o tratamento dispensado pelo art. 18 da Lei nº 4.717/1965 à coisa julgada no âmbito da ação popular foi reproduzido na versão original do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 ao cuidar da eficácia da coisa julgada da sentença proferida em sede de ação civil pública.

Em ambas as situações, estabeleceu-se que a sentença é dotada de eficácia *erga omnes*, salvo no caso de improcedência do pedido por deficiência de prova, quando, então, qualquer legitimado pode ajuizar outra ação com idêntico fundamento, desde que munido de novo prova.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**, p. 858.

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 858.

²¹⁹ Há quem diga tratar-se de efeito secundário da sentença de procedência. Nesse sentido: “Tal qual ocorre com a sentença penal condenatória, produzindo ‘ex lege’, o de ‘tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime’ (CP, art. 91, I), também a sentença de procedência na ação civil pública produz, automaticamente, o efeito de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda, permitindo aos respectivos titulares do direito à reparação (vítimas e seus sucessores) a imediata liquidação e execução, independentemente de nova sentença condenatória”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*, p. 66.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**, p. 858.

Essa regra do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, que se referia apenas aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, foi estendida para abarcar também os direitos individuais homogêneos, segundo o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, a redação do aludido art. 16 foi modificada pela Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/1997, estabeleceu que a “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”, mantidas as ressalvas contidas anteriormente sobre a improcedência do pedido por insuficiência de provas.

A justificativa apresentada para essa alteração, expressada na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.570/1997, foi a de que havia necessidade de corrigir “uma conhecida deficiência do processo de ação civil pública que tem dado ensejo a inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se invistam de um pretensa ‘jurisdição nacional’”, uma vez que do “mau uso da ação civil pública, inclusive como instrumento de controle de constitucionalidade com eficácia contra todos, persistem algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças dos juízes de primeiro grau”.

Na ocasião, essa alteração foi alvo de severas críticas da doutrina.²²¹

O Partido Liberal ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.576, pleiteando, cautelarmente, a suspensão integral da eficácia da Medida Provisória de nº 1.570/1994, até o reconhecimento final da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado com a procedência do pedido. Porém, o pedido de tutela cautelar foi indeferido pelo STF e o mérito da causa não foi apreciado,²²² porque a Medida Provisória impugnada foi convertida

²²¹ “As investidas do Poder executivo – acompanhado por um legislativo complacente ou no mínimo desatento – têm atacado a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia por intermédio da limitação do acesso à Justiça, da compreensão do momento associativo, da redução do papel do Poder Judiciário”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Civil Pública e o Autoritarismo*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 96, 1999, p. 28.

²²² “TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistia relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576/MC**. Relator: Min. Marco Aurélio, de 16 de abril de 1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>>. Acesso em: 12.04.2022.

na Lei nº 9.494/1997 durante o curso da ADI nº 1.576 sem que o autor realizasse o aditamento da petição inicial.²²³

Decidiu-se que não houve violação à competência da união para legislar sobre matéria processual civil e que a nova redação legal consistiria numa importante tentativa para coibir abusos no uso da ação civil pública. Nos dizeres do Relator Ministro Marco Aurélio, a mudança na redação do art. 16 deveria ser vista como “pedagógica”, a fim de que os efeitos *erga omnes* provenientes da coisa julgada da sentença coletiva respeitassem os limites territoriais do juízo prolator do *decisum*.

Segundo o Ministro Nelson Jobim, a mudança visou impedir a prática do ajuizamento da mesma ação civil pública simultaneamente em diversas localidades, com base no seguinte estratagema: “onde for concedida a primeira, desistem das demais; e onde é negada alguma, prossigue a apreciação por outro juiz”.²²⁴

Esse posicionamento, após longa celeuma doutrinária e jurisprudencial, foi revisto pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo sido deflagrada a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, sob o argumento de que a restrição dos efeitos condenatórios de demandas coletivas transitadas em observância ao critério territorial de competência acarreta prejuízo à isonomia e à eficiência da prestação da tutela jurisdicional.

Com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, fixou-se tese para a repercussão geral, ripristinando a redação originária conferida pela Lei 7.347/1985 ao art. 16, e também considerando que a competência da ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais deve ser disciplinada pelo art. 93, II, do CDC. Na hipótese de existirem múltiplas ações civis públicas de efeitos nacionais ou regionais, a prevenção deve ser do juízo que em primeiro lugar tomou conhecimento de uma delas, para, assim, julgar todas as demandas conexas.²²⁵

²²³ ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, p. 47.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576/MC**. Relator: Min. Marco Aurélio, de 16 de abril de 1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>>. Acesso em: 04.03.2022.

²²⁵ “CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS. 1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua pela efetividade. 2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão,

Essa decisão mostrou-se acertada e consentânea com o entendimento já firmado pelo STJ no Recurso Especial Repetitivo (representativo da controvérsia) nº 1.243.887/PR e, mais proximamente, a posição expressada no acórdão recorrido, vislumbrada no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.134.957-SP.²²⁶

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes, se extrai que a limitação dos efeitos da sentença tão somente aos beneficiados residentes no território da competência do julgador configura um atentado aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica. Ao obrigar a propositura de diversas ações com o mesmo pedido e causa de pedir em localidades diferentes, abre-se grande espaço, pela pulverização, para a ocorrência de julgamentos contraditórios, bem como faz com que sujeitos vulneráveis afetados pelo dano deixem de ter os seus direitos tutelados, pelo fato de residirem em local diferente daquele da propositura da ação.²²⁷

O contrário seria um verdadeiro estímulo às lesões de massa. Pense-se, por exemplo, em uma empresa que venha a provocar danos que atinjam pessoas situadas em todo

também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade. 3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional. 4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional. 5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: "I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo reprimada 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". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1.101.937/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, de 08 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135788>>. Acesso em: 21.04.2022.

²²⁶ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. 2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.134.957/SP**. Relatora: Min.ª Laurita Vaz, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300519527&dt_publicacao=30/11/2016>. Acesso em: 22.04.2022.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1.101.937/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, de 08 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135788>>. Acesso em: 21.04.2022.

o território nacional. Sob essa ótica, em situação extremada, seria preciso ajuizar uma ação coletiva para cada município afetado para sanar o problema, ou, o que é ainda mais grave, seria necessário um elevado número de ações individuais para que as pessoas prejudicadas tivessem os seus direitos tutelados.²²⁸

Reconhecer a constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.247/1985, com a limitação territorial dos efeitos da sentença, seria descaracterizar o microssistema de tutela coletiva. Não é possível confundir os limites subjetivos da coisa julgada com a competência territorial do órgão julgador, como equivocadamente fez o legislador ao reformar o art. 16 da Lei nº 7.347/1985.²²⁹

A abrangência da coisa julgada nada tem a ver com a competência e sim com o objeto do processo. É o pedido que, acolhido pelo órgão julgador, delineará o espectro de abrangência da coisa julgada, com os limites territoriais variáveis de acordo com os limites apresentados em cada demanda (nacional, regional ou local).²³⁰

Se prosperasse a tese contrária, ter-se-ia que conviver com soluções desprovidas de razoabilidade, como destacadas pelo Ministro Luís Felipe Salomão, quando de seu voto no Recurso Especial representativo da controvérsia nº 1.243.887/PR, como, por exemplo, poder considerar válido no Paraná um contrato que foi declarado inválido pela justiça estadual de São Paulo; entender que a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel cuja área se estende a mais de uma unidade federativa, não tenha eficácia em relação à parte dele situada em território distinto daquele em que foi proferida a decisão judicial; ou, ainda, sustentar que uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para a justiça mineira, de modo que as partes pudessem ser ainda consideradas casadas nesta última localidade.²³¹

²²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. O Tema 1.075, do STF, e os Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva. In: **Migalhas**, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340811/o-tema-1-075-e-os-limites-territoriais-da-coisa-julgada-coletiva>>. Acesso em: 31.01.2022.

²²⁹ ZUFELATO, Camilo. Ainda o Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública: Um Recente Desdobramento, Em Curso, na Jurisprudência do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 301, 2020, p. 5 (Revista dos Tribunais Online).

²³⁰ “[...] o indigitado dispositivo da lei tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Aparente Restrição da Coisa Julgada na Ação Civil Pública: Ineficácia da Modificação ao Artigo 16 pela Lei 9.494/1997. In: **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Organizador: Guilherme José Purvin de Figueiredo. São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 12.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal e Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial Repetitivo 1.243.887/PR**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011>. Acesso em: 22.04.2022.

A coisa julgada não é efeito da sentença, mas qualidade que a torna indiscutível e imodificável, conforme já se sabe desde Liebman.²³² A imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada formada pela sentença coletiva não está ligada à competência do julgador que a profere, de modo que ela estende-se a todos os titulares do direito material violado ou ameaçado de lesão, podendo, em razão disso, ir além dos limites territoriais do juízo que a tiver proferido.²³³

Outra questão fundamental diz respeito à incompatibilidade da limitação então imposta pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985 com as características dos direitos coletivos *lato sensu*. Como os direitos difusos e coletivos têm o objeto indivisível, não há possibilidade de cindi-los e, assim, inviável seria a aplicação de limites territoriais da coisa julgada coletiva, como no caso de um juiz proibir a poluição no mar do litoral carioca, liberando-a apenas em Niterói ou Angra dos Reis. Juridicamente é impossível cindir o que é indivisível por natureza.²³⁴

Em relação aos direitos individuais homogêneos, a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, que foi declarada inconstitucional, a eles não se aplicava, porque só cuidava dos direitos difusos e coletivos. O regramento dos direitos individuais homogêneos não é previsto na Lei da Ação Civil Pública, mas sim no Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente nos arts. 81, III, e 103, III, com a extensão da coisa julgada *erga omnes*.²³⁵

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 pelo Recurso Extraordinário nº 1.101.937-SP, que inclusive determinou a reconstituição do texto originário, torna-se necessário conferir maior organicidade ao processo coletivo para evitar que ele possa ser usado como um instrumento de litigância abusiva.

Nesse ponto, o Conselho Nacional de Justiça deverá atualizar as orientações sobre gestão de ações coletivas previstas na Recomendação nº 76, de 08.09.2020, bem como programar o cadastro nacional de demandas coletivas, tratado na Resolução nº 2/2011,

²³² “Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido ele também da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o ‘comando’ imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada. Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, em que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a ‘definitividade’ e intangibilidade do ato que pronuncia o ‘comando’; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada**. Tradução: Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

²³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, p. 698.

²³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. O Tema 1.075, do STF, e os Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva.

²³⁵ ZUFELATO, Camilo. **Op. Cit.**, p. 5 (Revista dos Tribunais Online).

mantida em conjunto com o Conselho Nacional do Ministério Público, reforçar a gestão integrada de processos em sintonia com a gestão de precedentes, servindo de parâmetro a Resolução STJ/GP nº 29/2020, do Superior Tribunal de Justiça, que instituiu o Núcleo de Ações Coletivas e criou a Comissão Gestora de Precedentes de Ações Coletivas.²³⁶

A decisão também deve projetar mudanças comportamentais para os legitimados ativos, legitimados passivos e juízes.

Há que se tem maior articulação entre os legitimados ativos dotados de representação adequada, com a finalidade de evitar o ajuizamento de ações temerárias ou precipitadas. O Ministério Público pode exercer um papel de liderança nesse aspecto, para que não se frustre a atividade extraprocessual de investigação ou de conciliação, como, por exemplo, o inquérito civil.²³⁷

Para os réus, além de precisarem aperfeiçoar a utilização de mecanismos internos voltados para a identificação e a forma de tratamento das ações coletivas que os afetem, como o desenvolvimento das defesas em todas as etapas da disputa, deverão também concentrar seus olhares aos mecanismos de impugnação das decisões judiciais de primeira instância, em particular aquelas que recaiam sobre tutelas provisórias, questões incidentais preliminares, prejudiciais ou de saneamento do processo. Isso porque a possibilidade de um juiz vir a proferir decisão em processo que cuida de conflito de abrangência nacional implica o cuidado de desenvolver formas de controle e de revisão.²³⁸

Para os juízes, as mudanças mais significativas a serem realizadas referem-se a uma análise mais rigorosa da representatividade adequada e ao maior zelo na prolação de decisões que produzirão efeitos em todo o território nacional.²³⁹

2.6. A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.6.1. A tutela coletiva por meio dos precedentes judiciais

A construção e o fortalecimento do *common law* estão atrelados ao desenvolvimento histórico pelo qual o sistema passou ao longo dos anos. A sua estruturação

²³⁶ QUINTAS, Fábio Lima. O Que a Constituição Tem a Dizer Sobre a Polêmica da Abrangência da Sentença Coletiva (Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública)? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021, p. 204.

²³⁷ **Idem, ibidem**, p. 204.

²³⁸ **Idem, ibidem**, p. 204.

²³⁹ **Idem, ibidem**, p. 205.

tem como raiz a práxis, não havendo um direito dogmatizado e científico estudado em universidades, tendo feição pragmática. É da prática judiciária que o *common law* se originou, sem que tivesse base científica para tanto (do ponto de vista professoral), diferentemente do que se deu com o *civil law*.²⁴⁰

Nessa perspectiva, os precedentes não surgiram do dia para a noite e não nasceram já com esse *status*. O que confere a dimensão de precedente, decorrente de uma decisão relativa a um caso particular,²⁴¹ é a sua aceitação pelos julgadores dos casos futuros semelhantes.

No Brasil, a despeito de não ser novidade o emprego de técnicas decisórias dotadas de efeito vinculante, eis que existente desde o Direito do Império e do Direito Português anterior,²⁴² o certo é que o art. 927 do CPC/2015 instituiu – ou reforçou – uma espécie de “precedente à brasileira”,²⁴³ porque o legislador optou por ele próprio prever, em abstrato, quais espécies de decisão podem ser consideradas precedentes, independentemente da qualidade e da consistência de suas decisões.²⁴⁴

Como os precedentes são estabelecidos em lei, já são previamente conhecidas de todos quais sejam as decisões que gozam desse *status*, porque já nascem elas com essa condição, e o tribunal, quando as produz, sabe que o seu pronunciamento atuará como uma diretriz decisória vinculante da qual os julgamentos futuros não poderão se afastar,²⁴⁵ se mantidas as mesmas realidades fática e jurídica.

Embora o modelo brasileiro de precedentes guarde diferenças para com o modelo existente em países que adotam o sistema de *common law*, não se pode negar a potencial eficácia vinculante deles advinda, de modo que se torna indispensável o desenvolvimento de uma cultura argumentativa específica, em razão da possibilidade de mudança de paradigma jurídico a partir de uma decisão política racional.²⁴⁶

²⁴⁰ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17-84.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 21.01.2022.

²⁴² DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcos Seixas. O Respeito aos Precedentes Como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2015, p. 106.

²⁴³ ZUFELATO, Camilo. Precedentes Judiciais Vinculantes à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: **O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁴⁴ ABBoud, Georges. Do Genuíno Precedente do *Stare Decisis* ao Precedente Brasileiro: dos fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 404.

²⁴⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 79.

²⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. **Precedentes**. Coordenação: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo da

Para tanto, exigir-se-á uma “mudança radical na forma de fundamentar as decisões judiciais, tornando-as compatíveis com o modelo constitucional de processo e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito”.²⁴⁷

O precedente é fonte do direito²⁴⁸ – integrante, portanto, do direito aplicável – porque “toma-se a decisão como ato jurídico que tem por eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se constituirá a norma (...) comumente designada de ‘ratio decidendi’”.²⁴⁹

Nessa perspectiva, o julgador deve identificar direitos e deveres contidos nas fontes do direito, até onde for possível, partindo-se do pressuposto de que todos foram criados por um único autor (a comunidade personificada), de forma a expressar uma concepção coerente de justiça e equidade. Não se pode desrespeitar a integridade do direito (Constituição Federal, leis, tratados internacionais, precedentes judiciais e negócios jurídicos) para adotar um critério de ordem pessoal, com vertentes morais, religiosas, políticas ou de qualquer outra espécie.²⁵⁰

A aspiração de solucionar com justiça o caso concreto não significa que os julgadores “sejam deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações”. Pode até ser que sejam proferidas decisões justificáveis em termos consequencialistas, mas a atuação dos julgadores deve ser sempre “limitada pela exigência de que demonstrem algum fundamento jurídico para o que fazem”,²⁵¹ sendo os precedentes judiciais um desses fundamentos.

Genuinamente, a utilização de um precedente é uma forma de argumentação com propósito persuasivo, que possui orientação retrospectiva, porque o julgador do caso em análise identifica a *ratio decidendi* em uma decisão do passado que trata sobre caso semelhante. “É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente”.²⁵²

Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297; PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 140.

²⁴⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 176.

²⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. Precedentes Normativos Vinculantes. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 408.

²⁴⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. O Regime Jurídico dos Precedentes Judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 237, 2014, p. 2 (Revista dos Tribunais Online).

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 271.

²⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2ª ed. Tradução: Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 215.

²⁵² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. p. 4.

Mas, além disso, os precedentes também possuem um aspecto prospectivo, pois a argumentação neles expressada se projeta para o futuro, sendo necessário observar que as decisões de hoje – não todas, certamente, mas apenas as que assim se formam – podem ser classificadas como precedentes para julgadores do amanhã. Existe, portanto, uma responsabilidade especial no respeito aos precedentes para não comprometer o futuro.²⁵³

A decisão judicial outorga sentido ao texto e reconstrói a ordem jurídica, abrindo oportunidade para a realização de um duplo discurso: de um lado, volta-se para a solução do caso concreto, visto como um direito fundamental das partes; de outro, num plano institucional, direciona-se à sociedade, tendo como baliza estruturante a promoção da unidade do direito e tutela da segurança jurídica, com eficácia *erga omnes* e servindo como parâmetro para o julgamento de casos posteriores que lhe guardem semelhança.²⁵⁴

Como em uma decisão o julgador não precisa indicar qual é a *ratio decidendi*, os futuros julgadores terão a incumbência de verificar de modo comparativo²⁵⁵ e relacional a sua incidência no caso concreto, partindo-se da leitura conjugada dos elementos da decisão: (i) as circunstâncias fáticas contidas no relatório; (ii) a interpretação que foi dada aos preceitos normativos dentro daquele determinado contexto fático; e (iii) qual a conclusão a que se chegou.²⁵⁶

Quer dizer, para que o modelo de precedentes previsto no CPC funcione bem, advogados e juízes devem deixar para trás o hábito nocivo da mera inovação de ementas e enunciados de súmulas como se precedentes fossem,²⁵⁷ porque, por óbvio, isso não basta por si, ante a ausência da necessária contextualização do precedente com o caso em julgamento, a fim de identificar os fundamentos determinantes de fato e de direito.

Observe que nem todo fundamento contido no precedente pode ser classificado como *ratio decidendi*. Representam *obiter dictum* as afirmações e argumentações que, embora

²⁵³ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 50-51; PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 144.

²⁵⁴ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 970, 2016, p. 10 (Revista dos Tribunais Online); MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 245, jul. 2015, p. 61; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 444.

²⁵⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: A Mutação no ônus Argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 5.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222; MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 245, jul. 2015, p. 339.

²⁵⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Op. Cit.**, p. 145 e ss.

podendo ser úteis para a compreensão da decisão, não constituem parte integrante do fundamento jurídico decisório.²⁵⁸ São argumentos expressados de passagem na fundamentação da decisão e que possuem natureza acessória, sendo prescindíveis para a sua prolação e para o deslinde da controvérsia. Em suma, *obter dictum* é a regra jurídica que não compõe a *ratio decidendi*.²⁵⁹

Por meio da aplicação do precedente, busca-se tratar casos semelhantes semelhantemente (*like cases should be decided alike*), porque, do contrário, poderá haver arbítrio e injustiça. A decisão a ser proferida na atualidade precisa guardar coerência com o conjunto de decisões proferidas anteriormente que foram firmadas a partir do precedente,²⁶⁰ tanto verticalmente quanto horizontalmente, ou seja, tanto pelos julgadores de igual hierarquia quanto por parte dos julgadores de inferior hierarquia,²⁶¹ de modo que a regra decisória possa expressar correspondência com as características de tempo e de espaço.

São, assim, os precedentes judiciais, à luz de uma abordagem prática, decisões anteriores sobre casos semelhantes que servem como ponto de partida para as decisões subsequentes,²⁶² funcionando sempre como um princípio argumentativo,²⁶³ o que evidencia o seu caráter relacional e comparativo.

De um lado, enquanto a igualdade impõe ao legislador o dever de elaborar textos normativos que não estabeleçam discriminações injustificadas, por outro, determina que o julgador não desvirtue decisões que possam estabelecer critérios de discriminações que afetem a promoção da igualdade.²⁶⁴ Isso significa que a igualdade deve ser observada tanto no momento da criação da lei quanto no da aplicação da lei e do precedente judicial ao caso concreto.

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência, p. 7; MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 245, jul. 2015, p. 339.

²⁵⁹ **Idem, ibidem**, p. 339; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 444-445.

²⁶⁰ MACCORMICK, Neil. **Op. Cit.**, p. 197.

²⁶¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência, p. 10.

²⁶² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 1.

²⁶³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: A Mutação no Ônus Argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 21.

²⁶⁴ “Daí que a igualdade pelo processo – que é a ‘igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo’ – determina a doção de um ‘sistema de precedentes obrigatórios’, com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional (‘ratio decidendi, obter dictum, distinguishing, overruling’), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no ‘meio’, mas não na igualdade no ‘fim’, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada. Essa é a razão pela qual o Novo CPC dedicou ao tema sua atenção (arts. 926 a 928). Só há sentido em preocupar-se com a ‘igualdade no processo’ se nos preocuparmos igualmente com a ‘igualdade pelo processo’ – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1, p. 500.

Os argumentos empregados pelo julgador na justificação de uma decisão devem ser expressos de modo universalizável, a fim de que sejam aplicáveis a todos os demais casos futuros que possuírem as mesmas características,²⁶⁵ sendo necessário guardar coesão nessa empreitada, para que a decisão não contrarie textos normativos previamente estabelecidos e vinculantes,²⁶⁶ lembrando, por oportuno, que, assim como texto legal não coincide com a norma,²⁶⁷ o texto do precedente também é distinto da norma decorrente de sua interpretação, à luz das circunstâncias da realidade.

Ronald Dworkin considerou que a atividade decisória pode ser comparada a um evento coletivo literário escrito a várias mãos, sendo cada autor responsável por redigir um capítulo em separado, dando continuidade ao romance a partir do ponto tratado pelo seu antecessor, de forma íntegra e coerente ao que aconteceu anteriormente e não empreender um novo e desarrazoado direcionamento.²⁶⁸

Deve ser priorizado o respeito à história institucional do precedente, porque se cada juiz julgar um caso como se estivesse escrevendo o primeiro capítulo de modo inédito, como se nada existisse a respeito dele,²⁶⁹ dar-se-ia vez a um verdadeiro show de imprevisibilidades.

Havendo coerência no processo de tomada de decisão considerado em conjunto, o julgador deve decidir o caso em conformidade com os termos da última decisão, o que possibilita às partes antecipar o futuro e planejar as suas vidas da melhor maneira possível. Trata-se, a previsibilidade, de um importante fator psicológico, que permite balancear as perdas e os ganhos esperados,²⁷⁰ embora se reconheça a provisoriedade do direito.

São criadas pautas de condutas sobre o direito a ser aplicado em situações semelhantes no futuro. Os jurisdicionados têm confiança de que as pautas de condutas advindas do Poder Judiciário geram a mínima segurança necessária para a prática de ações futuras, que lhes confirmam previsibilidade, sem a qual “não há direito: há caos”²⁷¹ – o que é

²⁶⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 128.

²⁶⁶ **Idem, ibidem**, p. 256.

²⁶⁷ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 970, 2016, p. 3 (Revista dos Tribunais Online); MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50; GRAU, Eros. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

²⁶⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Op. Cit.**, p. 18; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Op. Cit.**, p. 169.

²⁷⁰ SCHAUER, Frederick. **Op. Cit.**, p. 78-79.

²⁷¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 39.

ainda mais indispensável quando ocorrer a modulação temporal dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e do art. 927, § 3º, do CPC.

A falta de previsibilidade gera insegurança jurídica, que é um perverso estímulo a aventuras processuais, ao abuso do direito processual e forte elemento gerador de desrespeito ao cumprimento das obrigações no plano do direito material.²⁷²

Tanto no sistema de *common law* quanto no sistema de *civil law* que tenha previsto o precedente como fonte do direito, o julgador não pode surpreender os jurisdicionados com a prolação de uma decisão que não poderia ter sido por eles antes imaginada, à luz de enunciados normativos compreensíveis e cognoscíveis. O comportamento dos jurisdicionados deve ser realizado em conformidade também com o que dispõem os precedentes judiciais.²⁷³

Por mais bem intencionado que esteja o julgador em buscar o grau mais elevado de justiça para solucionar o caso concreto, estará ele vinculado ao precedente tal como estará vinculado ao direito legislado. Apenas estará autorizado a não de aplicá-lo ao caso em análise, pelo uso das técnicas de distinção ou de superação de precedente, quando, então, terá que se valer de forte ônus argumentativo, que é simetricamente relacionado o com dever de fundamentação,²⁷⁴ nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC.

A ordem jurídica precisa de estabilidade e isso vale tanto para as leis (em sentido *lato sensu*) quanto para os precedentes que as interpretam “tenham a continuidade necessária para gerar a certeza do que é a ordem jurídica existente”.²⁷⁵ Para quem não é afeto ao tema, pode até parecer que se tenha o mesmo significado, mas qualquer comparação entre estabilidade e imutabilidade é infundada, “uma vez que deve se admitir que leis e precedentes sejam modificados para se adaptarem à evolução da sociedade ou contemplarem novas realidades fáticas e jurídicas”.²⁷⁶

O fortalecimento do precedente é também o fortalecimento da instituição decisória que o aplica, porque a padronização das decisões vincula diferentes julgadores que a eles estão submetidos, na aparência e na prática. “Se a consistência interna fortalece a credibilidade externa, logo, minimizando a inconsistência interna pela padronização de

²⁷² NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil, p. 9 (Revista dos Tribunais Online).

²⁷³ Nesse sentido, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade Como Objetivos do Direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 172, jun. 2009, p. 127.

²⁷⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Op. Cit.**, p. 301 e ss.

²⁷⁵ CRAMER, Ronaldo. **Op. Cit.**, p. 58.

²⁷⁶ **Idem, ibidem**, p. 58.

decisões dentro de um ambiente decisório pode genericamente fortalecer aquele ambiente decisório como instituição”.²⁷⁷

Feitas essas considerações de ordem geral e retornando à abordagem específica da tutela coletiva tratada pelo CPC/15, é chegado o momento de reconhecer, com fulcro no art. 927, III, que tanto os recursos especiais e extraordinários repetitivos quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, CPC) são considerados pela legislação precedentes judiciais formalmente vinculantes, a despeito de prestigiosa doutrina sustentar o oposto.²⁷⁸

Não se ignora o fato de que tais espécies não podem ser classificadas como precedentes genuínos tal como verificado na realidade dos países de *common law*. No entanto, para os fins deste trabalho, se levará em consideração o modelo que foi estritamente escolhido pelo legislador brasileiro, no qual a lei, abstrata e previamente, estabeleceu o conjunto de decisões judiciais alçadas ao rol de precedentes e que são dotadas de aplicabilidade vinculante.

Portanto, os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas integram o sistema brasileiro de precedentes judiciais,²⁷⁹ de modo que a *ratio decidendi* das decisões que os operam vincularão horizontal e verticalmente os órgãos do Poder Judiciário e também do Poder Executivo, com a finalidade de conferir segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança.²⁸⁰

²⁷⁷ SCHAUER, Frederick. Precedente. Op. Cit., p. 81.

²⁷⁸ Para Marinoni, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas é coisa julgada sobre a questão e não precedente judicial. Segundo o processualista, “tratando-se de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. É claro que aqui não incide a premissa de que a coisa julgada recai apenas sobre a parte dispositiva da decisão. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução do caso, ou melhor, à resolução dos vários casos pendentes”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos: Entre Precedente, Coisa Julgada Sobre Questão, Direito Subjetivo ao Recurso Especial e Direito Fundamental de Participar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, 2015, p. 3 (Revista dos Tribunais Online).

²⁷⁹ “O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil pode ser compreendido como um instituto que reforça a tutela coletiva de direitos mediante a utilização das técnicas processuais modernas que valorizam a jurisprudência dos tribunais – nesse caso específico inclusive e especialmente a de segunda instância – por meio dos denominados procedimentos representativos, que são ‘procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos sem as técnicas das ações coletivas’, como forma de ‘suprir deficiências do sistema atual de proteção de direitos individuais homogêneos’”. ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; SANTOS, Guilherme Alves. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Como Reforço ao Sistema de Tutela Coletiva de Direitos no Brasil. **Justiça do Direito**, v. 30, n. 3, p. 523-541, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6374/4020>>. Acesso em: 31.01.2022.

²⁸⁰ “Não é mais possível a defesa de um julgamento pontual, caso a caso, com a quantidade de demandas em tramitação atualmente no Brasil e com nossas taxas de congestionamento. Especialmente quando se percebe que alguns processos, da inicial ao último acórdão, são uma reprodução mecânica e peças, diante de uma completa identidade, cenário que tende a recrudescer com a utilização crescente de ferramentas tecnológicas inclusive softwares de Inteligência Artificial na advocacia”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio

Como os precedentes integram o Direito, por criarem pautas de condutas obrigatórias, o processo passa a ser dotado de maior eficiência, na medida em que, num menor espaço de tempo, passa decidir casos semelhantes, semelhantemente.²⁸¹

Essas duas técnicas processuais precisam ser adequadamente explicadas. Para tanto, ambas serão tratadas no *item* a seguir, mas sem a preocupação de esgotar a explicação sobre o assunto – o que haveria de ser tratado em um trabalho específico – com o propósito de evidenciar a previsão de julgamento de casos repetitivos no CPC.

2.6.2. Julgamento de casos repetitivos no CPC

Nem o processo civil clássico liberal-individualista, nem as ações coletivas, se mostraram suficientes em conferir à litigiosidade de massa o tratamento adequado e eficiente esperado para a tutela dos direitos coletivos, seja porque há falta de representatividade dos legitimados, seja pela inadmissão para a defesa de determinados direitos (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985),²⁸² seja ainda pelo longo período de tempo em que houve indefinição acerca da extensão territorial da coisa julgada nas ações coletivas.²⁸³

Portanto, ao lado das ações individuais e das ações coletivas caracterizadas por peculiaridades como a legitimidade extraordinária e a coisa julgada, optou-se tratar das demandas isomórficas contidas em um cenário de litigiosidade de massa²⁸⁴ por meio de

Quinaud. **Teoria Geral do Processo: Com Comentários Sobre a Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 684.

²⁸¹ “Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito que o tratamento jurídico que a sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do Judiciário terá forte ‘incentivo’ a fazê-lo”. DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: Tutela Pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51.

²⁸² “Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

²⁸³ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Seleccionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6, p. 361.

²⁸⁴ “Essa situação obviamente gera inúmeros problemas, especialmente ligados à inconsistência do sistema jurídico e à possibilidade de que situações idênticas recebam tratamento diverso. Ora, a multiplicação de questões idênticas pode gerar a consequência de que o Direito seja aplicado de forma diferente aos interessados, fazendo com que alguns sujeitos devam comportar-se de certo modo, enquanto outros estarão obrigados à conduta diversa diante da mesma situação. Isso é certamente indispensável no sistema e estimula, sobretudo, a multiplicação de demandas, até porque, ‘até a decisão da questão singular, em relação a cada um dos sujeitos’, nenhum deles poderá de antemão afirmar com certeza como deve ser tratada a sua situação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 564.

procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos, com tratamento diferenciado daquele previsto nas ações coletivas.

Com isso, a modalidade de processos coletivos passa a ser formada pelas ações coletivas (ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo), pelos recursos repetitivos (especial ou extraordinário) e pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, hipóteses essas em que a coletividade é formada *opt-in*,²⁸⁵ tenho em vista que as partes optam por fazer parte do grupo tutelado, ou seja, o grupo é formado antes da instauração do incidente, em razão o ajuizamento da ação que versa sobre a questão de caráter repetitivo.²⁸⁶

Apenas as partes que ingressaram com as ações serão atingidas pela decisão proferida no incidente, tanto positiva quanto negativamente, diferentemente do que se passa no plano das ações coletivas que cuidam de direito individual homogêneo, quando a coisa julgada beneficia as partes apenas no caso de procedência do pedido.

Aqui, nesse primeiro momento, “não se trata de coisa julgada, mas de aplicação da tese jurídica para cada processo, individual ou coletivo, que fora suspenso para julgamento da questão repetitiva”. Com efeito, a coisa julgada somente será produzida numa segunda oportunidade, “quando o juiz da causa que havia sido suspensa julgar a demanda”.²⁸⁷

No *item supra* foi mencionado que o recurso repetitivo (especial e extraordinário) e o incidente de resolução de demandas repetitivas compõem o microsistema de precedentes judiciais, mas, além disso, importa ainda ressaltar que eles, enquanto espécies do gênero

²⁸⁵ “Nos processos coletivos ‘opt in’, o polo ativo ou passivo é constituído com base na vontade de participar das pessoas singulares ou coletivas que alegam terem sido lesadas. Enquanto no ‘opt out’ o sistema significa a aceitação da jurisdição coletiva, no ‘opt in’ a manifestação implica na formação do grupo a ser vinculado ao julgamento do processo coletivo. No Brasil, o ‘opt in’ é o regime dos casos repetitivos, o que significa que para ser beneficiado ou prejudicado pelo julgamento repetitivo, o titular do direito haverá de propor a demanda que veicule a mesma tese jurídica (arts. 985, I, 987, § 2º, 1.036, § 1º, 1.037, II, 1.040, I, II, e III, CPC/15)”. CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 128.

²⁸⁶ ZANETI JR., Hermes. Os Casos Repetitivos no Brasil: Notas Sobre a Agregação de Litígios, o Processo Coletivo e os Precedentes Vinculantes no CPC/2015. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, 2018, p. 225-246 (Revista dos Tribunais Online). Em sentido contrário: “É certo que o novo CPC prevê um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’ (art. 976) que de alguma maneira pode amenizar o problema; mas aqui não se trata de uma técnica para agrupar demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando às demais, que ficam suspensas, a mesma tese (exclusivamente de direito). As ações ainda são individuais e as decisões, embora uniformes, só operam ‘inter partes’. É uma técnica que visa à celeridade e à uniformidade de decisões, mas ainda não se trata de verdadeira ‘coletivização’ e nenhuma influência essa técnica exerce sobre o microsistema de processos coletivos. Para que isso ocorresse, era preciso dar um passo a mais e aglomerar ou transformar ações individuais em ações coletivas, com efeito ‘erga omnes’”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio Sobre a Processualidade**, p. 58.

²⁸⁷ ZANETI JR., Hermes. Os Casos Repetitivos no Brasil, p. 225-246 (Revista dos Tribunais Online).

juízo de casos repetitivos, também integram o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos.²⁸⁸

Esses incidentes fazem parte de dois microsistemas, cada qual operacionalmente fechado e autorreferencial, embora abertos cognitivamente.²⁸⁹ Os instrumentos que os compõem, são orientados por comandos normativos que se intercomunicam, de modo a garantir unidade e coerência, permitindo que haja complementação e interpretação conjunta.²⁹⁰

Há dois sistemas de resolução de causas repetitivas, o da causa-modelo e o da causa-piloto.

No sistema da causa-modelo, apenas são apreciadas no incidente as questões comuns a todos os casos considerados similares, ficando a decisão de cada caso concreto a cargo do juízo do processo originário, havendo, assim, (i) uma “cisão cognitiva e decisória”, em razão da divisão de competências entre quem julga a questão comum representada no incidente (sem resolver nenhum caso) e quem decide as questões colocadas no processo originário, e (ii) a incorporação da tese estabelecida no âmbito do incidente aos processos repetitivos, nos quais o órgão julgador obrigatoriamente terá que aplicá-la.²⁹¹

Por outro lado, no sistema da causa-piloto, haverá a seleção de uma ou algumas causas que sejam representativas da controvérsia, a fim de que sejam julgadas e a solução seja aplicada tanto aos processos selecionados quanto aos demais processos que cuidam da mesma questão controvertida. Diferentemente do que acontece no sistema da causa-modelo, há unidade cognitiva, tendo em vista que o mesmo órgão que aprecia a questão comum a todos os processos é também o responsável por julgar o processo originário afetado. Em seguida, tem-se a reprodução da tese fixada no incidente aos demais processos, que dizer, a *ratio*

²⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3, p. 590.

²⁸⁹ “A categorização da autopoiesis assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que é relevante e, principalmente, o que é indiferente. Consequentemente, o sistema não está condicionado a responder a todo dado ou estímulo proveniente do meio ambiente. Os sistemas não podem importar nenhuma operação a partir do meio. (...) Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”. LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 112.

²⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Op. Cit.**, p. 592.

²⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista os Tribunais, 2014, v. 231, p. 201-223 (Revista dos Tribunais Online).

dedicendi firmada no incidente é replicada a todos os processos que tratem da mesma questão.²⁹²

Em ambos os sistemas de julgamento, há a fixação de uma tese jurídica que representa a formatação de um padrão decisório e a uniformidade no trato de uma questão jurídica comum. O principal ponto de distinção é que “apenas no sistema da causa-piloto haverá julgamento do caso concreto selecionado como paradigma pelo órgão jurisdicional, ao mesmo tempo em que será fixada a tese jurídica”.²⁹³

No Brasil, tanto os recursos especial e extraordinário repetitivos quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas são processados e julgados de acordo com os ditames do sistema da causa-piloto.

O ajuizamento de ações individuais tratando de demandas repetitivas passou “a representar um fato ‘extremamente’ custoso para o judiciário, por consumir excessivos recursos materiais e humanos para dar cabo dos serviços demandados por este amplíssimo conjunto de demandas”.²⁹⁴

Portanto, a ideia encontrada foi a de utilizar as técnicas de julgamento de casos repetitivos, para assim, poder aplicar a tese vitoriosa aos demais processos suspensos com o mesmo objeto. Isso acarretou uma espécie de “ganho gerencial”, “pela simplificação do processamento das demais demandas idênticas, que, a despeito de manterem seu ‘corte’ individual, passam a ter a condição de chegar a um desfecho mais rápido ante a dispensa da prática de parte dos atos processuais”, como também em razão de que, “enquanto perdura a suspensão das demandas ‘repetitivas’, ‘liberam-se’ os órgãos jurisdicionais que, neste período, podem dedicar tempo e esforço ao julgamento de outras causas”.²⁹⁵

A seguir, será apresentada uma síntese procedimental de cada um dos institutos, para, ao depois, tratar de alguns aspectos relevantes que são afetos a ambos, com a finalidade de adequá-los ao modelo constitucional de processo civil.

O art. 1.036 do CPC vigente corresponde em parte ao conteúdo dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, e expressa a regra de que “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento em idêntica questão de direito”, em conformidade com as hipóteses de

²⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Op. Cit.**, p. 201-223 (Revista dos Tribunais Online).

²⁹³ CARDOSO, Juliana Provedel. **Op. Cit.**, p. 136.

²⁹⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus Curiae” e a Legitimação dos “Julgamentos Repetitivos”. **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 596.

²⁹⁵ **Idem, ibidem**, p. 597.

cabimento de uma ou de outra espécie recursal e também ao quanto previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários em série, todos tratando das mesmas questões de direito (infraconstitucional federal ou constitucional), serão reunidos para serem julgados conjuntamente, em conformidade com o sistema de causa-piloto, para que o Tribunal não precise retomar repetidamente as mesmas questões.²⁹⁶

Cabe ao Presidente ou ao Vice-Presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia e remetê-los ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, para que seja realizada a afetação de tais processos e a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no respectivo Estado ou região, segundo a situação correspondente (art. 1036, § 1º, do CPC).

Entretanto, o Relator do Tribunal Superior, se entender pertinente, poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia (art. 1.306, § 4º, CPC), ou assim agir independentemente da iniciativa do tribunal de origem (art. 1.036, § 5º, do CPC). Em todas as situações, somente serão admitidos os recursos que contenham argumentação abrangente e que expressem discussão sobre a questão a ser decidida (art. 1.036, § 5º, do CPC).

O interessado pode requerer ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de Justiça ou o Tribunal Região Federal, que o exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou extraordinário intempestivo, havendo a prévia oitiva do recorrente e a possibilidade de interposição de agravo interno para impugnar a decisão que tiver indeferido o pedido (art. 1.036, § 2º e 3º, do CPC).

Uma vez selecionados os recursos, ao Relator, na decisão de afetação, incumbirá (art. 1.037, *caput*, do CPC): (i) identificar com precisão a questão que será submetida a julgamento; (ii) determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e estejam em trâmite no território nacional; (iii) a possibilidade de requisitar aos presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

²⁹⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em Massa e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 177, 2009, p. 9-46 (Revista dos Tribunais Online).

O prazo para julgamento dos recursos afetados é de 1 (um) ano, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo as hipóteses que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.037, § 5º, do CPC).

As partes de cada processo suspenso serão intimadas pelo juiz ou Relator. Se uma parte arguir a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela que será julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, deverá requerer o prosseguimento do seu processo ao juiz ou ao relator, a depender de que fase o processo se encontrar (art. 1.037, §§ 9º e 10º, do CPC).

A parte *ex adversa* será ouvida sobre o requerimento formulado no prazo de 5 (dias), em respeito ao contraditório (art. 1.037, § 11, do CPC), e da decisão que resolvê-lo, caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou agravo interno, se a decisão tiver sido proferida por relator (p. 1.037, § 13, do CPC).

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas é inspirado no procedimento-modelo alemão denominado *Musterverfahren*, voltado para a resolução de litígios do mercado de capital.²⁹⁷

No Brasil, à luz de leis processuais extravagantes e de reformas inseridas no CPC/1973, vários mecanismos processuais foram positivados com a finalidade de racionalizar e aperfeiçoar o julgamento de causas repetitivas, dentre os quais merecem destaques os seguintes: (i) o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC/1973); (ii) a suspensão de segurança em liminares (Leis nº 8.437/1992 e 12.016/2009); (iii) a uniformização de jurisprudência na esfera dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 12.259/2001) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009); (iv) o julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 285-A do CPC/1973); (v) as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988); e o já mencionado (vi) julgamento de casos repetitivos representativos da controvérsia (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973).²⁹⁸

A instauração do incidente será solicitada ao Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, por um dos seguintes legitimados (art. 977 do CPC): (i) pelo juiz ou pelo Relator, *ex officio*; (ii) pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria

²⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O Novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: Uma Alternativa às Ações Coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 147, 2007, p. 123-146 (Revista dos Tribunais Online).

²⁹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Seleccionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6, p. 317.

Pública, por meio de petição acompanhada dos documentos necessários à demonstração dos pressupostos legais.

São dois os requisitos positivos de admissibilidade do incidente, nos termos do art. 976, *caput*, do CPC: “I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Portanto, com base na lei, parece ser de todo insuficiente demonstrar a existência de algumas decisões em sentido contrário ao posicionamento jurisprudencial majoritário, porque isso pode não causar abalos significativos à isonomia e a segurança jurídica, tornando-se desnecessária a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.²⁹⁹

Da mesma maneira, não basta o risco potencial de uma determinada questão de direito vir a ser repetida em causas futuras, pois se exige que essa repetição seja concreta, verificável já no momento em que o incidente é instaurado.³⁰⁰ Deve haver multiplicidade de processos com razoável divergência decisória acerca da mesma questão de direito e, por isso, não se pode conferir ao incidente algo diferente daquilo que prevê a lei, ou seja, o incidente tem natureza repressiva e não preventiva.

Além disso, há ainda que se observar o pressuposto negativo³⁰¹ previsto no § 4º do mesmo dispositivo de lei, a estabelecer a inadmissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

O órgão competente para processar e julgar o incidente será aquele indicado pelo regimento interno dos Tribunais de Justiça ou os Tribunais Regionais Federais, dentre aqueles responsáveis por uniformizar a jurisprudência. Esse órgão colegiado julgará o incidente, com a fixação da tese jurídica, e julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária do Tribunal de onde tem origem o incidente, como tratado no art. 978 do CPC.

É preciso que a divulgação e publicidade da instauração e do julgamento do incidente sejam amplas e específicas, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Nos tribunais, deve ocorrer a manutenção de banco eletrônico de dados atualizados

²⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 1400-1401.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**, p. 566.

³⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 430.

com informações específicas sobre as questões de direito tratadas no incidente (art. 979, *caput* e § 1º, do CPC).

O registro das teses jurídicas deve constar do cadastro com a inserção dos fundamentos determinantes da decisão e dos dispositivos legais correspondentes, além de outras informações que sejam relevantes para a compreensão do tema (art. 979, § 2º, do CPC). Por conta do microsistema processual de causas repetitivas, a publicidade de tais atos relacionados ao incidente de resolução de demandas repetitivas, aplica-se também ao julgamento de recursos repetitivos e à repercussão geral em recurso extraordinário (art. 979, § 3º, do CPC).

Com a admissão do incidente, o Relator suspenderá todos os processos pendentes que versam sobre a mesma questão de direito controvertida, sejam eles individuais ou coletivos, em tramitação no Estado ou na região, conforme o caso (art. 982, I, do CPC).³⁰² Todos os órgãos jurisdicionais competentes serão intimados da decisão que determinou a suspensão de tais processos (art. 982, § 1º, do CPC), somente sendo permitida, durante o período de suspensão, a formulação de pedido de tutela provisória de urgência, dirigido ao juízo onde tramita o processo (art. 982, §2º, do CPC).

Trata-se de um meio de gestão de processos seriais. Caso não fosse decretada a suspensão de tais processos, restariam frustrados os benefícios que o microsistema de gestão de casos repetitivos visa proporcionar, a saber: (i) evitar a proliferação de cisões conflitantes entre si; (ii) reduzir os custos inerentes a solução de cada disputa, uma vez que a mesma questão de direito seria tratada em juízos distintos, com dispêndio de tempo e de dinheiro; e (iii) impedir a dispersão dos integrantes do Poder Judiciário, por priorizar o foco em uma única causa, ao invés de examinar diversos processos individuais.³⁰³

Para a garantia da segurança jurídica, essa suspensão pode ser estendida para todos os processos que tramitem no território nacional e que tratem da mesma questão de direito contida no incidente instaurado, sendo necessário, nesse caso, que haja pedido de uma

³⁰² Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “a despeito do seu texto, importa interpretar o dispositivo para recusar a ele qualquer pecha de obrigatoriedade, como se a admissão do incidente de resolução de demandas resolutive resultasse sempre e invariavelmente na suspensão dos processos que tratem da mesma questão jurídica. Cabe ao relator ponderar, diante das peculiaridades do caso concreto, os prós e os contras da suspensão e, bem assim, verificar medidas que possa ser implementadas para dar maior segurança jurídica aos jurisdicionado enquanto tramita o incidente, assim, por exemplo, a suspensão parcial de processos ou a admissão de sua tramitação até determinada fase”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processo nos Tribunais e Recursos**, p. 509.

³⁰³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Op. Cit.**, p. 600.

das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, endereçado ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial (art. 982, § 3º, do CPC).³⁰⁴

Se não for interposto recurso especial ou extraordinário contra a decisão proferida no incidente, cessará a suspensão de todos esses processos, retomando cada qual o seu curso regular no local em que se encontrar (art. 982, § 5º, do CPC). Se o recurso for interposto e julgado, a decisão sobre a tese jurídica fixada passa a produzir efeitos em âmbito nacional.

O objetivo do incidente é o de firmar uma só tese jurídica que seja aplicável a todos os casos que comportem a mesma questão de direito cujos processos tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, incluindo os que estejam em tramitação perante os juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 985, I, do CPC).

Da mesma maneira, a tese jurídica firmada no incidente recai sobre os casos futuros que venham a cuidar da mesma questão de direito e a tramitar no território de competência do tribunal, não havendo limitação territorial, entretanto, se houver recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em razão do caráter nacional que essas Cortes Supremas possuem (art. 985, I e II, do CPC).

Na prática, o que se verifica é a realização do julgamento de uma questão que interessa a muitos em processo de apenas alguns.³⁰⁵

A decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas é considerada precedente judicial formalmente vinculante, nos termos do art. 927, III, do CPC, e, por conta disso, devem ser aplicados todos os mecanismos que dão dinamicidade ao instituto, inclusive, o descumprimento da tese fixada (o que se aplica também aos recursos especiais ou extraordinários repetitivos), viabiliza o ajuizamento de reclamação (art. 985, § 1º, do CPC).³⁰⁶

³⁰⁴ “Trata-se, como se vê, de medida de natureza preventiva, embora exija a prévia admissibilidade do IRDR pelo tribunal local, e de economia processual, na medida em que um único incidente uniformizará uma questão em todo território nacional, impedindo que o prosseguimento dos processos em tramitação noutros estados ou regiões possam alcançar entendimento contrário ao uniformizado”. LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; SIQUEIRA, Taíze Moraes. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Suspensão dos Processos Pendentes. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021, p. 264.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos: Entre Precedente, Coisa Julgada Sobre Questão, Direito Subjetivo ao Recurso Especial e Direito Fundamental de Participar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, 2015, p. 6 (Revista dos Tribunais Online).

³⁰⁶ “Atente-se que o caráter normativo da ‘ratio decidendi’ do acórdão no IRDR, sendo um precedente sobre certa matéria, não exige, no entanto, o intérprete de nele selecionar os fatos relevantes a serem extraídos para comporem a norma que servirá de ponto de partida para casos futuros. O enunciado universal não está pronto e acabado no precedente, aguardando que alguém o aplique sem maiores dificuldades em um caso análogo. A sua elaboração depende, substancialmente, da seleção dos fatos considerados relevantes para o deslinde da controvérsia, e isto constitui tarefa dos participantes do diálogo processual, que debaterão sobre a aplicabilidade de determinado precedente com base naquilo que deve e não deve ser considerado relevante, inexistindo fórmula

Assim, caso o órgão julgador ou a parte interessada queira dar continuidade a um processo cuja suspensão tenha sido decretada, terá que valer-se de ônus argumentativo suficiente para demonstrar analiticamente a distinção da questão debatida no caso concreto em relação à matéria a ser apreciada no procedimento incidental, isto é, precisará usar a técnica da distinção do precedente (*distinguishing*), pois não poderá apreciar livremente o caso fora dos limites delineados no precedente.³⁰⁷

Em outras palavras, há necessidade de o órgão julgador fazer a devida contextualização do caso concreto à luz do precedente judicial, demonstrando em sua decisão os motivos pelos quais se possa verificar o encaixe de um ao outro. O ônus argumentativo do magistrado pode ser menor pela existência do precedente, porém, isso não significa que a sua decisão deve ser desprovida de fundamentação adequada.³⁰⁸

O precedente é contido em um texto e, por conta disso, precisa ser interpretado, de modo que a norma a ser aplicada ao caso concreto, será fruto da interpretação do precedente e do direito objetivo que foi por ele expressado.³⁰⁹ Assim, tal como não pode haver mais espaço para o “juiz boca da lei”, não cabe a figura do “juiz boca do precedente”.³¹⁰

Pela lógica comparativa que deve existir entre os casos, se não recair a suspensão sobre um determinado processo, embora presente a mesma questão de direito tratada no incidente, caberá também pedido específico ao órgão perante o qual tramita o processo que se pretenda venha a ser suspenso.

Por fim, assim como ocorre nos recursos especiais e extraordinários repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser julgado no prazo de 1 (um) ano,

apriorística para resolver essa questão. [...] o uso do direito jurisprudencial não se limita à mera transcrição mecânica de ementas, trechos de votos ou enunciados de súmula, escolhidos em consonância com o interesse de confirmação do aplicador, de acordo com suas preferências; é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu ‘leading case’, para que evitemos o clima ‘self-service’ insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Op. Cit.**, p. 736.

³⁰⁷ DANTAS, Bruno. **Op. Cit.**, p. 127.

³⁰⁸ Para Taruffo, o que ocorre é que, “no fundo, quanto mais a decisão é conformista, no sentido de que contempla valores e princípios difundidos (em especial entre aqueles que o juiz considera como destinatários da motivação), tanto menos existe a necessidade de persuadir da bondade e da justiça dos pressupostos sobre os quais o juiz funda a decisão”. TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 272.

³⁰⁹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil, p. 93; ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *Stare Decisis* ao Precedente Brasileiro: Dos Fatores Histórico, Hermenêutico e Democrático Que os Diferenciam. **Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel de. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 403.

³¹⁰ “A busca pela isonomia entre os jurisdicionados e pela segurança jurídica, no entanto, não pode chegar ao ponto de se pretender reduzir o julgador a ‘mero repetidor de precedentes’. Isto conduziria a um ‘positivismo jurisprudencial judicial’, sem que o precedente fosse aplicado com a devida análise e comparação entre o ‘leading case’ e o caso concreto em julgamento”. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Op. Cit.**, p. 366.

tendo preferência sobre todos os demais feitos, com exceção dos que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus* (art. 980, *caput*, do CPC). Ultrapassado esse prazo sem que o incidente tenha sido julgado, cessará a suspensão de todos os processos, a não ser que haja decisão fundamentada do Relator em sentido contrário (art. 980, parágrafo único, do CPC).

Com a explanação dos aspectos gerais dos procedimentos atinentes aos recursos especiais e extraordinários repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, passa-se, agora, a tratar de temas indispensáveis para que as técnicas processuais ora em análise não se destinem apenas a gerir a quantidade de processos seriais, mas também para que reflitam sobre a qualidade decisória a ser produzida, sem a qual deixam de ter razão de ser, e mais do que isso, são constitutivas de uma condição indispensável para a adequação ao modelo constitucional do processo civil.

O ponto que merece maior atenção diz respeito à escolha da causa-piloto. Aqui está um dos fatores decisivos para a boa prática do julgamento dos casos repetitivos. Pinçar recursos que não sejam representativos de toda a controvérsia, por não tratar de todos os argumentos possíveis, ou que selecione argumentos invocados por apenas uma das partes; que expressem argumentos que estejam superados pela legislação, jurisprudência ou que estejam preclusos; ou, ainda, que sejam desprovidos de requisitos de admissibilidade, tudo isso, certamente, caracterizará uma afetação inadequada, de maneira que “também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos”.³¹¹

Se a escolha inadequada da causa-piloto pode ser ruim para as partes dos processos afetados pela técnica de resolução de casos repetitivos, o quadro fica mais grave e potencialmente trágico, quando a situação passa a ser vista pela ótica de terceiros interessados ausentes, os chamados “litigantes-sombra”, “cuja participação fica reduzida no incidente apesar de poderem vir a sofrer os efeitos daquele debate judicial”.³¹²

Assim, a escolha da causa-piloto deve ser feita observando-se a necessidade de viabilizar a amplitude do contraditório.³¹³

A respeito do primeiro vetor, a decisão proferida nos casos afetados e a tese fixada no julgamento repetitivo não podem retirar do terceiro afetado a possibilidade de participar do

³¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 4 (Revista dos Tribunais Online).

³¹² **Idem, ibidem**, p. 4 (Revista dos Tribunais Online).

³¹³ “Em outras palavras, a ampliação no debate [...], serve como ‘compensação’ dada pelo sistema que, com o uso das técnicas de julgamento repetitivo, para dizer o mínimo, mitiga neste tipo de demanda o direito de cada um dos interessados ter, à ‘plenitude’, o processamento de seu caso em ação individual”. PUOLI, José Carlos Baptista. **Op. Cit.**, p. 601.

procedimento. O contrário seria admitir violação ao devido processual legal e, mais de perto, ao contraditório, tanto na dimensão de garantia de participação com influência quanto na proibição de decisão surpresa (art. 10 do CPC), haja vista que não admitiria a possibilidade de terceiros com processos sobrestados ou de terceiros que não tenham ações ajuizadas no momento, mas que possuem interesse na formação do precedente judicial.

Enquanto o julgamento das ações coletivas não gera prejuízo aos membros dos grupos, na medida em que a improcedência do pedido não faz coisa julgada *erga omnes*, podendo-se ajuizar ações individuais ou dar prosseguindo às demandas, pelo fato de que os litigantes individuais não são alcançados pelos efeitos da decisão de improcedência, no julgamento de casos repetitivos a situação muda de figura, pois a eficácia da coisa julgada é *pro et contra*, não sendo só a decisão favorável, mas também a decisão desfavorável que vincula todos os processos repetitivos.³¹⁴ Se na primeira situação não há violação ao devido processo legal ou ao contraditório, na segunda, sem a ampliação do contraditório, há.

Por isso, partindo-se da premissa de que “no modelo de Estado Democrático de Direito, traçado pela Constituição de 1988, a participação acaba por funcionar como critério essencial para a legitimação democrática do exercício da atividade jurisdicional”,³¹⁵ há, em princípio, duas saídas para resguardar a constitucionalidade de tais técnicas processuais: (i) o chamamento de todos ao procedimento; (ii) “o controle judicial, para verificar, ‘no caso concreto’, se a parte representativa e seu advogado têm condições suficientes para efetivar a adequada defesa dos direitos coletivos em juízo”.³¹⁶

O chamamento de todos os terceiros interessados (com processos sobrestados ou que possuam interesse na formação do precedente judicial) para participarem do debate processual causaria uma aparente inviabilidade do julgamento do incidente sobre a questão de direito.³¹⁷ Por se tratar de julgamento por amostragem, conferir a participação de todos os inúmeros potenciais afetados sem qualquer filtro qualitativo seria caminhar na contramão dos

³¹⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Seleccionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6, p. 480.

³¹⁵ COSTA, Suzana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de. A Participação de Terceiros no Julgamento de Incidente de Demandas Repetitivas: Uma Análise do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 159.

³¹⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Op. Cit.**, p. 478.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos, p. 6 (Revista dos Tribunais Online); MARANHÃO, Cleyton; GOMES, Frederico Augusto. O Terceiro Afetado e o Devido Processo Legal de Demandas Repetitivas. In: **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 138.

objetivos pretendidos e causaria tumulto processual, com dilação processual exacerbada, ineficácia dos serviços judiciários e aumento de custos. O sistema entraria em colapso.

Desse modo, faz-se necessário adotar a segunda alternativa, à semelhança do que foi sustentado anteriormente, ao relatar a exigência de que o legitimado ativo da ação civil pública deve possuir representatividade adequada, o mesmo afirma-se aqui, exigindo-se dos representantes condições técnicas, econômicas e jurídicas. A participação dos sujeitos interessados tem a finalidade de permitir que o tribunal venha a julgar de forma mais adequada a questão de direito que lhes é submetida, porém, além disso, cabe-lhe ainda assegurar que as teses estejam adequadamente representadas, o que é uma condição a ser observada para a solução seja vinculante a toda a comunidade, nos termos do art. 985 do CPC.

Se por um lado é preciso ouvir as partes dos processos de onde surge o incidente, com a autorização da participação de terceiros interessados, por outro, tem-se por imprescindível que haja a oitiva dos representantes adequados de ambos os polos selecionando-se argumentos expressados por todos.

Essa exigência é o que ajusta a técnica de julgamento de casos repetitivos ao devido processo legal e ao contraditório, pois é assim que se valida a fixação de uma tese jurídica a ser aplicada aos processos suspensos e a irradiação de efeitos vinculantes de uma decisão formadora de precedente judicial, da qual terceiros não participaram e que não mais poderão participar em outra oportunidade,³¹⁸ pelo menos enquanto não houver revisão.³¹⁹

Além da participação das partes originárias dos processos afetados, poderão participar do incidente os membros de grupo que possam contribuir de alguma forma com a posição de uma das partes da causa-piloto ou com a formação da tese ou precedente. Nesse caso, todavia, nem todo terceiro interessado tem direito de participar do incidente, porque a elevação de um número excessivo de manifestações tornará o procedimento contraproducente. Em realidade, “a intervenção só será possível mediante uma contribuição ‘argumentativa’ para o debate em torno da controvérsia”.³²⁰

³¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 430.

³¹⁹ “Do mesmo modo, a tese fixada será aplicada a casos futuros, ajuizados no território de competência do tribunal, ao menos até que este revise a orientação fixada no incidente. Essa revisão pode dar-se de ofício ou a requerimento dos legitimados para o incidente, nos mesmos termos em que se pode revisar precedente obrigatório fixado. Ou seja, deve-se observar fundamentação específica, que considere, entre outros valores, a revogação ou modificação da norma em que se baseava, a alteração econômica, política ou social do ambiente em que se deu o entendimento anterior e ainda a preservação da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**, p. 570.

³²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**.

Essa contribuição argumentativa somente poderá ser realizada se o interveniente demonstrar a importância de sua participação (i) por meio da apresentação de argumentos que não foram ventilados anteriormente pelas partes em suas manifestações³²¹ ou (ii) se vier a impugnar a representatividade adequada das partes.³²² Com a apresentar argumentos novos, o terceiro interveniente estará contribuindo para que seja dada a melhor solução possível à questão de direito tratada no incidente.

Caso a tese e o precedente sejam fixados sem a observância de todos os argumentos que poderiam ser apresentados na ocasião do julgamento do incidente, a solução dada pelo órgão julgador pode mostrar-se inadequada pela possibilidade de surgirem novos argumentos no futuro que acarretem nova apreciação judicial.

O enfrentamento de todos os argumentos possíveis gera a abertura de uma possível via apta a ensejar a apreciação judicial da mesma questão no futuro, valendo-se de uma linha argumentativa que poderia ter sido analisada anteriormente, mas não o foi por decisão equivocada do órgão julgador.

Caso isso aconteça, será desferido um duro golpe à eficiência, por deixar a porta entreaberta a novas investidas judiciais com razoável grau de probabilidade de gerar novos dissensos e a comprometer a *ratio decidendi* do que poderia ser um precedente judicial formalmente vinculante.³²³ Por oportuno, destaca-se o teor do Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 10; art. 521, § 1º). Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 112.

³²¹ “Considerando, então, a necessidade de apresentar alguns elementos para construir esse sistema de participação diferenciado, parece, para nós, que o principal filtro para nortear a atuação dos sujeitos sobrestados seja a apresentação de novos argumentos que possam contribuir com a definição da melhor solução racional para a questão de direito objeto do incidente. Afinal, se se entende que a violação do contraditório decorreria, no caso, da impossibilidade de influenciar a convicção do tribunal sobre a questão de direito, não haveria violação em vedar a repetição de argumentos já apresentados, pelo simples fato de estes não terem nem potencialidade para exercer tal influência”. TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 182-183.

³²² MARANHÃO, Cleyton; GOMES, Frederico Augusto. **Op. Cit.**, p. 143.

³²³ “Definir uma tese em decisão paradigmática sem tomar em consideração um grupo mais completo dos fundamentos da pretensão e da defesa que comumente são encontrados nos processos repetitivos traz um duplo risco. Por um lado, a solução do incidente pode revelar-se equivocada porque justamente um daqueles argumentos não compreendidos no processo-teste poderia conduzir o Tribunal a uma conclusão diversa. E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes. Neste caso, o distinguishing teria fundamento na omissão do Tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediriam que a tese jurídica fosse aplicada porque aquele caso seria “diverso”, devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente”. CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 6 (Revista dos Tribunais Online).

É interessante notar que podem existir grupos dentro dos grupos de processos sobrestados e interessados no precedente judicial, sendo identificados de acordo com as relações que possuem com a questão de direito objeto do incidente. À vista disso, deve-se garantir o direito de participação a, pelo menos, um integrante de cada subgrupo, uma vez constatada a necessária contribuição argumentativa. Cada subgrupo pode ter pontos de vistas distintos sobre a mesma questão e, em razão disso, apresentar argumentos igualmente diferentes.

Imagine um incidente de resolução de demandas repetitivas do Tribunal de Justiça de São Paulo que tenha como objeto a nulidade de cláusulas contratuais imobiliárias. O subgrupo 1 pode apresentar o argumento *A*, o subgrupo 2 o argumento *B* e o subgrupo 3 o argumento *C*. Há, com isso, a pluralização qualitativa do debate judicial.³²⁴

Outra forma de se aferir o potencial contributivo é pela aferição da *expertise* do advogado do terceiro interessado membro do grupo, medida pela experiência na matéria controvertida em juízo, pela atuação em demandas similares,³²⁵ pelas publicações científicas na área, pelo conhecimento do Regimento Interno do Tribunal perante o qual tramita a causa, pelo hábito de realizar sustentações orais e por outros fatores que possam contribuir para a configuração de um representante adequado.³²⁶

A escolha da causa piloto deve recair sobre aquela que reúna as melhores condições de influenciar a formação da convicção do órgão julgador,³²⁷ exatamente o que não ocorreu no julgamento do REsp nº 911.820/RS, na visão do Ministro Herman Benjamin, em razão da escolha ter recaído sobre uma ação individual em que uma das partes era triplamente vulnerável – consumidora, pobre e negra –, mesmo tendo conhecimento da tramitação simultânea de várias ações civis públicas cuidando da matéria afeta à área de telefonia pelo país afora.³²⁸

³²⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. **Op. Cit.**, p. 112-113.

³²⁵ **Idem, ibidem**, p. 113.

³²⁶ MARANHÃO, Cleyton; GOMES, Frederico Augusto. **Op. Cit.**, p. 141.

³²⁷ DANTAS, Bruno. **Op. Cit.**, p. 117.

³²⁸ Faz-se coro às considerações apresentadas pelo Ministro Herman Benjamin na preliminar de seu voto vencido, *in verbis*: “A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois frequentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas. Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal “afetação”, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve - e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto - não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (‘rectius’, consumidores). Difícil negar

Nos casos em que o representante adequado não for nem o Ministério Público nem a Defensoria Pública, caberá a essas instituições participarem do incidente com a finalidade de protegerem os seus interesses institucionais. Assim, na qualidade de *custos iuris*, cabe ao Ministério Público atuar para tutelar a defesa da ordem jurídica, o regime democrático

que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional 'welfarista' de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada erga omnes, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso ('in casu' o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de três bilhões e meio de reais com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007). Curvo-me à decisão técnica dos meus ilustres Pares, posição essa que também é político-pragmática. O bom juiz tem sempre um tanto de 'pragmaticus legum', posição totalmente compreensível em um cenário de enxurrada de Recursos Especiais relativos à assinatura básica (fala-se em dezenas de milhares de ações em todo o País), o que por certo estimulou os e. Ministros a não esperarem por precedentes nas duas Turmas. Não obstante esse reconhecimento que faço das razões nobres que levaram meus Pares a encurtar um debate judicial que deveria ser o mais rico, amplo e profundo possível, não tenho como esconder que me sinto inescapavelmente prisioneiro do feixe de objetivos e princípios sociais dos dois microssistemas normativos (consumidor e telecomunicações) em questão ('philosophus legum!'), o que me força a homenageá-los, mesmo que sob o risco de ser arrastado a um poço inesgotável de Recursos Especiais. Como minoria que sou neste julgamento, mantenho a esperança de que, no futuro, a hoje Maioria - ou, quem sabe, uma outra Maioria - aperfeiçoe sua forma de pensar. E se assim não for, que o legislador, observador atento das perplexidades da prática judicial, possa fazer as alterações legislativas pertinentes a uma adequada, eficaz e justa proteção dos sujeitos vulneráveis: 'in casu', os consumidores de telefonia fixa. Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a 'ratio essendi' do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC)". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Recurso Especial 911.802/RS**. Relator: Min. José Delgado. Voto-Vencido: Min. Herman Benjamin, de 24 de outubro de 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602724586&dt_publicacao=01/09/2008>. Acesso em: 22.04.2022.

e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF), ao passo que a Defensoria, como *custos vulnerabilis*, tem a sua atuação voltada para a proteção dos direitos dos necessitados (art. 134, *caput*, da CF).³²⁹

A ampliação do contraditório também ocorre por meio da possibilidade de participação do *amicus curiae*³³⁰ – de quem se exige representação adequada,³³¹ nos termos do art. 138, *caput*, do CPC –, por poder verificar a correção da escolha da causa piloto e apresentar argumentos substancialmente diferentes daqueles apresentados pelos demais sujeitos do processo, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

Em relação à participação do *amicus curiae* é importante o dever de consideração dos argumentos invocados exterioriza uma justificativa democrática do poder atinente ao Poder Judiciário, como indicativo de que o conteúdo decisório não é aleatório, fruto da sorte

³²⁹ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE. 1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*. 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito. 4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu. 5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão. 6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como *custos vulnerabilis*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.712.163/SP**. Relator: Min. Moura Ribeiro, de 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=27/09/2019>. Acesso em: 22.04.2022.

³³⁰ “A despeito de ser assim e de também ser sabida a preocupação do CPC em ‘potencializar’ o contraditório, certo é que não há de se exigir como condição para realizar o julgamento repetitivo a concreta participação do ‘amicus’, contentando-se o legislador com a possibilidade de que isto ocorra, o que se viabiliza em conformidade com a divulgação da afetação (em recurso especial/extraordinário) ou da instauração do IRDR”. PUOLI, José Carlos Baptista. **Op. Cit.**, p. 607.

³³¹ “Aliás, vale dizer, o art. 138 do NCPC permite, em algumas ocasiões, a participação democrática o ‘amicus curiae’, exigindo, expressamente, que este possua ‘representatividade adequada’. Assim, o NCPC ao fazer essa exigência abre caminho para que o Poder Judiciário exerça o controle acerca do preenchimento do requisito da adequação da representatividade pelo pretense amigo da corte”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Op. Cit.**, p. 477.

ou do acaso. Isso significa que a participação do *amicus curiae* não pode ser analisada apenas sob a perspectiva formal.

Na decisão judicial deve constar a análise adequada das considerações feitas pelo *amicus curiae*, de maneira a enaltecer duas garantias constitucionais de suma importância: a motivação da decisão judicial e o contraditório. A inobservância disso gera nulidade processual duplamente qualificada.³³² O que se quer dizer com isso é que as considerações do *amicus curiae* podem ser desatendidas, mas não ignoradas.³³³

No procedimento do julgamento de casos repetitivos, a critério do relator, ainda há a possibilidade de realização de audiência pública, na forma dos arts. 938, caput, e 1.038, I, do CPC, como decorrência de um modelo cooperativo de processo com contraditório efetivamente participativo e ampliado. Assim, torna-se possível e recomendável a oitiva de especialistas representantes do poder público e da sociedade civil com o fim de colher informações a respeito da matéria controvertida, para, assim como acontece com a atuação do *amicus curiae*, também qualificar o debate e a prestação da tutela jurisdicional.

Por fim, dentro dos estreitos limites deste trabalho, em respeito aos objetivos apresentados na introdução, importa atentar-se a uma questão que se mostra fundamental para a boa prática do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Trata-se da necessidade de elaborar um critério que leve em consideração um nível elevado de pluralidade subjetiva no processo originário,³³⁴ uma vez que a interação entre partes, juiz, terceiros intervenientes e demais atores, intensifica a forma de participação colaborativa ao dar vez e voz a todos que possuem pontos de vistas distintos sobre uma questão específica.

Sob a perspectiva de uma análise escalonada, torna-se necessário que ocorra uma afetação prioritária, preterindo-se a escolha de uma causa que tenha apenas um autor e um réu em prol de uma causa que possua haja litisconsórcio (preferencialmente nos dois polos da

³³² NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes; SILVA, Juvêncio Borges. O Dever de Consideração dos Argumentos do Amicus Curiae no Controle Concentrado de Constitucionalidade. In: **Direito Constitucional em Foco: Estudos em Homenagem ao Magistrado Neyton Fantoni Júnior**. Coordenador: TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Leme: Imperium, 2022, p. 471. No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215.

³³³ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Capacidades Institucionais do *Amicus Curiae* no Supremo Tribunal Federal: Acessibilidade, Admissibilidade e Influência. **Revista Direito o Práxis**, vol. 10, nº 1, 2019, p. 702. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39502/28159>>. Acesso em: 17.01.2022.

³³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 10 (Revista dos Tribunais Online).

demanda) e atuação de terceiros intervenientes, dando-se preferência a um processo no qual tenha havido atuação de *amicus curiae* e realização de audiência pública.

Porém, fator que é ainda mais decisivo consiste em priorizar a seleção para afetação de uma demanda coletiva em detrimento de uma demanda individual, pelo fato de que a atuação dos legitimados extraordinários dotados de representação adequada potencializa o contraditório por dar-lhe maior legitimação política e social. Com isso, pode-se dizer que, *a priori*, se mais de um processo coletivo estiver em tramitação, deve-se preferir aquele no qual figure órgão independente no polo ativo, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, ou que tenha como autora uma associação de âmbito nacional.³³⁵

Essa posição foi agasalhada pelo Enunciado nº 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(arts. 1036; 1037) Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observando-se os requisitos do art. 1.036, especialmente do § 6º”.

³³⁵ “Portanto, aqui queremos propor outros parâmetros: (a) se paralelamente estiver tramitando processo coletivo fundado na mesma discussão jurídica, deve este ser preferido aos processos individuais. E, (b) se vários processos coletivos estiverem tramitando, devem ser preferidos aqueles ajuizados por órgãos independentes (que atuem com base no interesse público e sem hierarquia), e aqueles defensores de direitos das comunidades de substituídos mais amplas em termos geográficos e quantitativos (absent class members). Nesta ordem de ideias, processos ajuizados pelo Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo, devem ser preferidos àqueles ajuizados pelas associações por se tratar de órgãos independentes e que lutam pela cidadania como função institucional e desinteressada. De outro lado, demandas coletivas ajuizadas por associações privadas de âmbito nacional devem ser preferidas às ações movidas por associações locais (parâmetro da maior abrangência geográfica)”. CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 10-11 (Revista dos Tribunais Online); CARDOSO, Juliana Provedel. **Op. Cit.**, p. 151.

3. A TUTELA COLETIVA PELO REDIMENSIONAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1. O COLAPSO DO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, por influência do ideário liberal, sempre se exaltou substancialmente a cultura da judicialização de conflitos individuais, forjada por uma dogmática jurídica que espelha essa dimensão nas práticas forense e na doutrina.³³⁶ Desde a época do Império, com a aplicação das Ordenações do Reino, passando pela legislação do início do século XX, em especial pelo Código Civil de 1916 e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, os cidadãos foram levados a pensar que o modo mais adequado – quando não o único – de solução de conflito civil era o processo judicial.

Havia apego à justiça institucional estatal. Pouca ou quase nenhuma atenção se dava a outros meios de solução de conflitos. Tudo girava em torno do processo judicial. Pensava-se que a justiça só podia ser alcançada no e pelo processo, por meio de um provimento emanado pelo juiz, assim como também se entendia que Direito e Lei fossem expressões sinônimas, ambas oriundas do Estado.³³⁷

Enrico Tulio Liebman, processualista italiano radicado no Brasil que influenciou toda uma geração de novos juristas,³³⁸ sintetiza com precisão o ideário da época ao referir-se a “processo” devendo ser compreendido como o “processo judicial” à luz do contexto histórico: “Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria frequentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade”.³³⁹

A adoção de dogmas tinha como tendência conceber as categorias processuais como se fossem eternas, formando um Direito Processual Civil eminentemente conceitual, puro e abstrato, desligado da realidade social. O professor falava de códigos, e o aluno

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em) Crise**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

³³⁷ “[...] se o pensamento liberal procurou excluir a existência de esferas paralelas de autoridade, foi natural que também se tentasse monopolizar a prerrogativa e orientar condutas. Formou-se, assim, o caminho que levou do pluralismo de fontes ao monismo estatal; a trilha que fez com que ‘Direito’ e ‘Lei’ fossem vistos como sinônimos, procurando conferir juridicidade apenas à legislação oriunda do Estado”. OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 119, 2005.

³³⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 148.

aprendia (quando aprendia) igualmente em códigos.³⁴⁰ Por isso, não se tinha a capacidade, ou melhor, não se permitia a concretização de capacidade de indagar o motivo das circunstâncias e dos obstáculos enfrentados pelo intérprete. A ele não interessava o porquê, mas apenas o como.³⁴¹

A forma como o ensino jurídico era realizado – e, em certa medida, ainda é – proporcionava uma formação acadêmica voltada para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos. Enfatizava o processo judicial durante os anos do curso e, assim, privilegiava-se a solução do conflito pelo critério do “certo” ou “errado”, sem espaço para checar a adequação da solução, em desprezo à vontade das partes e às especificidades do caso concreto.³⁴²

É incompreensível que até os dias de hoje uma parcela considerável dos cursos de Direito ainda seja destinada quase que somente à preparação do alunado ao conhecimento dos abstratos meandros processuais, ilustrados com exemplos compostos pelas personagens Caio, Tício, Mévio e, vez ou outra, Semprônio,³⁴³ que os permitam a litigar em processos individuais até o esgotamento de todos os recursos cabíveis, numa tentativa de demonstrar que o bom profissional é aquele que consegue utilizar todas as espécies recursais para obter uma decisão favorável ao seu constituído,³⁴⁴ mesmo naqueles casos em que não se exige manifestação judicial formal, posto que a cultura do litígio é difícil de ser superada.³⁴⁵

Com a redemocratização e o novo marco constitucional, o Brasil, como outros países periféricos e semiperiféricos, passou por uma espécie de “curto-circuito histórico”,³⁴⁶

³⁴⁰ FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24.

³⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Op. Cit.**, p. 299-301.

³⁴² WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coordenadores), **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 685.

³⁴³ NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**, p. 158.

³⁴⁴ “Daí o dizer comum a todos os advogados de que o importante é obter celeremente a decisão o primeiro grau, seja ela qual for, ‘porque em verdade quem decide a causa é o tribunal’. O que isto representa de descrédito e fragilização do julgador mais importante para a sociedade e de agravamento do custo temporal do processo a prática o está demonstrando. Triste e lamentável estado de coisas. O mais preocupante é que, em vez de se propugnar a institucionalização de um sistema recursal e democrático de recursos, os tribunais se empenham no sentido contrário nisso investindo todo seu prestígio, propugnando eliminação de recursos e criação de embaraços que empobrecem as garantias dos jurisdicionados e favorecem o arbítrio do julgador, dando-se sempre prioridade à necessidade de aliviar os tribunais de sua intolerável carga de trabalho, mesmo que as soluções propostas sejam politicamente indesejáveis e manifestamente inconstitucionais”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando Os Que Nos Julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

³⁴⁵ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil, p. 1 (Revista dos Tribunais Online).

³⁴⁶ “Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram por aquilo que designo de curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo ato constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle de constitucionalidade do direito ordinário. Muitas das decisões judiciais de destaque acabam por consagrar

nos dizeres de Boaventura de Souza Santos, representado pela previsão imediata no texto constitucional de direitos que, nos países centrais, foram conquistados durante um longo processo histórico, figurando, em razão disso, “o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.³⁴⁷

O extenso catálogo de direitos previstos na Constituição Federal ampliou os espaços para que o jurisdicionado viesse a se socorrer do Poder Judiciário sempre que tivesse o seu direito lesado ou ameaçado de lesão (art. 5º, XXXV). Porém, a forte expectativa depositada no Poder Judiciário, com a ampliação das vias de acesso à justiça, foi, paradoxalmente, motivo de problema de difícil solução,³⁴⁸ pois, a um só tempo, o Estado brasileiro não desenvolveu políticas públicas sérias capazes de concretizar tais direitos no plano da realidade social, e, ainda, porque não aconteceu a estruturação adequada dos tribunais para dar conta de elevada demanda presente na realidade socioeconômica³⁴⁹ de acordo com o patamar de eficiência esperado,³⁵⁰ sob a perspectiva de respeito e de concretização dos direitos fundamentais.

Some-se a isso a falta de espaços públicos destinados ao diálogo sobre temas de interesses de toda a coletividade, a dificultar o fortalecimento da democracia, do contraditório, do respeito à diferença e incapaz de promover na sociedade parcela da maturidade necessária para a solução dos conflitos por meio dos métodos autocompositivos.³⁵¹ O individualismo

princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 26-27.

³⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em) Crise**, p. 55.

³⁴⁸ “Neste contexto – diferente de país para país, mas convergente no seu sentido geral –, temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário. Essa transferência de legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que noutros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o judiciário ser uma solução é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema. Acresce que, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração. Tudo isso ocorre num contexto de maior visibilidade social do sistema judicial, o qual, entretanto, se tornou alvo e, por vezes, refém dos meios de comunicação social. Esta visibilidade alterou, profundamente, o lugar do sistema judicial dentro da sociedade”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 30.

³⁴⁹ FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios. **Estudos Avançados**, 18 (51), 2004, p. 104. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwBGPnsgbRRM3FmQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 08.03.2023.

³⁵⁰ Ao discorrer sobre a organização judiciária, Kazuo Watanabe enfatizou que “Aspecto que não pode ser negligenciado é a organização judiciária, certo é que, por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, será sempre falha a tutela jurisdicional dos direitos, se inexistirem juízes preparados para aplicá-las e uma adequada infra-estrutura material e pessoal para lhes dar o apoio necessário”. WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 32.

³⁵¹ Para o indivíduo, o espaço público não é mais do que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirem novas qualidades coletivas no processo de

exacerbado e a privatização do espaço público³⁵² impulsionaram as pessoas a transferirem quase que mecanicamente ao Estado-juiz a solução do conflito em que estão envolvidas.

De acordo com o levantamento feito pelo *Justiça em Números*, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016 tramitavam impressionantes 102 milhões de processos no Poder Judiciário Brasileiro.³⁵³ Esse número caiu para 77,1 milhões em 2019,³⁵⁴ para 75,4 milhões em 2021³⁵⁵ e para 62 milhões de processos em andamento em 2022 (que é a diferença verificada entre os 77,3 milhões de processos em tramitação e os 15,3 milhões de processos sobrestados ou situados em arquivos provisórios),³⁵⁶ a indicar uma redução significativa nos últimos anos, mas que ainda está longe do desejado.

Embora os Tribunais estejam noticiando o aumento da produtividade, o que é algo positivo, isso também revela o tamanho do problema. No dia 17 de março de 2021, o Presidente do STJ, Ministro Humberto Martins, noticiou que, no período de um ano de pandemia, a contar de 16 de março de 2020, a Corte proferiu 662 mil decisões.³⁵⁷

Desse número total, ao se considerar que o STJ possui 33 Ministros, pode-se dizer que, de modo geral, cada Ministro, em média, neste período, contando sábado, domingo e feriado, proferiu, aproximadamente, 55 decisões por dia. Trata-se de muita coisa, ainda que cada Ministro conte com o apoio de auxiliares capacitados e do uso de tecnologia de ponta.

ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão de segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam de suas excursões diárias ao espaço ‘público’ reforçados em sua individualidade ‘de jure’ e tranquilizados de que o modo solidário como levam a vida é o mesmo de todos os outros ‘indivíduos como eles’, enquanto – também como eles – dão seus próprios tropeços e sofrem suas (talvez transitórias) derrotas no processo”. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 49-50.

³⁵² “Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso político. O ‘público’ é colonizado pelo ‘privado’; o ‘interesse público’ é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis”. **Idem, ibidem**, p. 46.

³⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 04.02.2022.

³⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04.02.2022.

³⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 04.02.2022.

³⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 10.12.2022.

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Humberto Martins destaca produtividade do STJ durante a pandemia**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17032021-Humberto-Martins-destaca-produtividade-do-STJ-durante-a-pandemia.aspx>>. Acesso em: 04.02.2022.

Acresça-se a isso que o fato de que o ranking dos 100 maiores litigantes habituais é encabeçado por órgãos públicos, bancos, empresas de cartão de crédito, planos de saúde e empresas de telefonia,³⁵⁸ transparecendo, assim, que o excesso de litigiosidade judicial tem como ponto de referência primordial os processos que versam sobre causas repetitivas, ou seja, na essência, são causas de massa em sua grande maioria.

Não era preciso muito esforço para perceber que o sistema judicial desenvolvido nesse formato e estimulado pela constante litigância ao estilo “custe o que custar” uma hora ou outra entraria em colapso, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de direitos individuais sem, em contrapartida, estruturar adequadamente o Estado para concretizá-los voluntariamente.³⁵⁹

Essa analogia explica melhor a situação, pegando emprestada uma passagem de Gustavo Osna: “de nada adianta que se projete a construção de um edifício vultoso como o ‘Empire States’ caso o material e a mão de obra disponíveis sequer deem conta da conclusão de um prédio de dez andares. E é assim, também, com a engrenagem processual”.³⁶⁰

A chamada “tragédia dos comuns”, como é tratada na literatura econômica, sem exagero, pode ser convertida em uma “tragédia da justiça”,³⁶¹ pela exploração de bens comuns situados no âmbito do sistema judicial acima do limite estipulado como suportável pelo ponto de vista social. A consequência é a de que tais bens são consumidos em velocidade inferior ao tempo em que são produzidos, de modo a colapsar todo o sistema judicial, pois os recursos

³⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes 2012**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 04.02.2022.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica ao Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30.

³⁶⁰ OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 69.

³⁶¹ “A chamada ‘tragédia dos comuns’ é uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (‘bens comuns’) tendem a ser explorados em níveis acima do desejado do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a ‘tragédia’). A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamado ‘Town Common’. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma ‘concorrência no consumo’. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e ‘Town Common’ acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para todas as ovelhas. O pequeno conto traz lições importantíssimas e extremamente úteis aos objetivos deste trabalho. O que causa a tragédia é a evidente divergência entre os incentivos públicos e privados ao uso da terra. Enquanto do ponto de vista social seria interessante preservar parte da gleba para proporcionar sua contínua renovação, do ponto de vista privado cada família deseja colocar cada vez mais ovelhas na gleba, aumentando, assim, seus rendimentos. De outro lado, de nada adiantaria apenas uma ou duas famílias conscientizarem-se do problema. É preciso uma ‘ação coletiva organizada’ de um grande número de famílias. Sem essa ‘coordenação da coletividade’, as externalidades causadas pela utilização do pasto acabam levando ao seu esgotamento. É esse o ‘trágico’ fim dos ‘bens comuns’”. WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85-86.

em todos os níveis produzidos são insuficientes para atender adequadamente os processos judiciais em trâmite.³⁶²

Gustavo Osna refere-se a diversas ações de cobrança ajuizadas por vários consumidores em face de determinada instituição financeira por terem sofrido descontos ilegais em suas contas bancárias, para demonstrar que, “embora a cobrança fosse a mesma, haveria milhares de ações a ela vinculadas, exigindo que o Judiciário empregasse seus recursos de forma pouco razoável”, e, como consequência, conclui o referido autor, haveria “um comprometimento para sua atividade – diante da ampliação pródiga de oferta sem correlação na capacidade de resposta”.³⁶³

A situação assemelha-se ao quadro vivido pelos hospitais durante a pandemia, que em muitos casos tinham um número de leitos inferior à quantidade de pacientes contaminados em estado grave necessitando internação, uma quantidade insuficiente de funcionários da saúde, um processo de vacinação lento e políticas públicas em descompasso com as necessidades sociais.³⁶⁴

Logo, não é suficiente desenvolver mecanismos que visam promover a facilitação de acesso à justiça com a eliminação dos obstáculos tradicionais. É claro que isso é importante e se faz necessário, mas também é preciso criar e manter instituições num plano eficiente de funcionamento organizacional que garantam a ocorrência do acesso à ordem jurídica justa.³⁶⁵

Esses problemas de mentalidade e estruturais, geraram, cada um a seu modo e com intensidade variável, o agravamento da lentidão processual, da insegurança jurídica decorrente da falta de integridade, coerência e estabilidade presente na jurisprudência, e, ainda, da denominada jurisprudência defensiva.

³⁶² Nesse sentido: “avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar a eficácia do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público ‘justiça’ deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existentes, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**, p. 38-39.

³⁶³ OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 133.

³⁶⁴ FIOCRUZ. O “Represamento” do Atendimento em Saúde no SUS. **Nota Técnica 22: Monitora Covid-19**, 09 de novembro de 2021. Disponível em: <https://bigdata-covid19.icict.fiocruz.br/nota_tecnica_22.pdf>. Acesso em: 08.03.2023.

³⁶⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W Norton & Company, 2000, p. 54-54.

3.2. A LENTIDÃO PROCESSUAL

Foi-se a época em que o fator temporal era considerado apenas um elemento accidental, algo que permanecia fora do discurso científico, o qual deveria permanecer exclusivamente atento às questões de ordem técnica.³⁶⁶

Com o surgimento do Estado Social, passou-se a se preocupar com a capacidade do processo judicial atender satisfatoriamente as necessidades dos jurisdicionados e também ao modo como o tempo é capaz de interferir sobre a efetiva tutela do direito material,³⁶⁷ exigindo-se, por essa razão, a criação de técnicas processuais destinadas a redistribuí-lo isonomicamente no plano processual.

Trata-se de ônus que recai sobre a parte que não tem razão, a qual, muitas vezes, vê-se participando de um processo criador de falsas expectativas, porque a prestação da tutela jurisdicional pode ser realizada apenas quando o objeto do processo não mais lhe interessa.

A demora do processo viola o princípio da igualdade, “porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta”.³⁶⁸ Em razão disso, a parte mais vulnerável do processo pode não suportar essa lentidão e, conseqüentemente, ter que “abrir mão do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo”.³⁶⁹

As causas da lentidão processual são plúrimas e de origens diversas. Uma delas era a não conformação procedimental às exigências do direito material. Hoje a morosidade guarda pouca relação com os procedimentos previstos em lei.³⁷⁰ A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, do Decreto 678/1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que no art. 8º, 1, cuida especificamente da duração razoável do processo³⁷¹), da Emenda Constitucional nº 45 (que incluiu a duração razoável do processo como direito fundamental, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º) e das reformas pelas

³⁶⁶ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direito Fundamentais**, p. 124.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 187.

³⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como Fenómeno Social de Masa, In: **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 133.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

³⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

³⁷¹ Art. 8º, 1. “Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 33.04.2022.

quais passou o CPC/73 na última década do século passado, cujo exemplo mais significativo foi o da positivação da antecipação da tutela pela Lei nº 8.952/1994, passou-se a ter, no Brasil, uma busca pelo constante aperfeiçoamento legislativo. O CPC/15 é exemplo consagrado disso.

Os precedentes judiciais formalmente vinculantes (art. 927 do CPC) também têm potencial para contribuir em muito para a obtenção da duração razoável do processo,³⁷² porque a sua existência provoca impacto em técnicas processuais espalhadas pelo CPC, como, por exemplo, no julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332), no poder do relator negar provimento ao recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, ou acórdão proferido pelo STF ou STJ em sede de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, ou a entendimento firmado em incidente de assunção de competência ou em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 932, IV), e no poder do relator dar provimento ao recurso, depois de facultada a apresentação das contrarrazões, se a decisão recorrida for contrária às hipóteses do art. 932, IV (art. 932, V).

Embora seja sempre salutar a busca de leis que sejam adequadas para enfrentar as questões contidas no bojo da realidade social em contínua transformação, mostra-se incorreta a crítica que a responsabilidade pela duração excessiva do processo se deva à falta de procedimentos idôneos à tutela dos direitos.³⁷³ Se no passado essa crítica tinha pertinência, hoje não mais a tem, ou, se tem, representa uma significação bem diluída.

A busca dos juízos de certeza que, na modernidade, era exigida para prolação de decisões judiciais, não mais se sustenta. Na pós-modernidade, diante das rápidas e constantes transformações sociais ocorridas em todas as áreas da realidade, a certeza passou a ser considerada como algo inatingível e todo juízo que um dia foi considerado de certeza passou ser tratado como juízo de probabilidade, mais ou menos intenso, de acordo com peculiaridades do caso concreto.

³⁷² “Essa celeridade é ainda mais visível nas causas repetitivas, porque, ficado o precedente, o julgamento das existentes ou futuras demandas que repetem a mesma tese jurídica restringir-se-á, à verificação das distinções, isto é, se o caso sob julgamento é idêntico ao caso do precedente”. CRAMER, Ronaldo. **Op. Cit.**, p. 61.

³⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 102, 2001, p. 2 (Revista dos Tribunais Online); “Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Nas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolver o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infraestrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Op. Cit.**, p. 333.

Ainda que avanços tenham acontecido, o certo é que ainda há muito a melhorar. Segundo dados do *Justiça em Números*,³⁷⁴ do Conselho Nacional de Justiça, em referência ao ano de 2021, alguns apontamentos são incompatíveis com dinamicidade da realidade contemporânea. No primeiro grau de jurisdição, o tempo médio da duração do processo de conhecimento é de 3 anos e 2 meses, compreendido o período entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença, enquanto que no segundo grau de jurisdição esse tempo é reduzido para 9 meses.

Contudo, esse cenário é bastante variável. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, do recebimento da ação, passando pela sentença até o julgamento de segundo grau, tem-se o tempo médio de 7 anos e 5 meses para os processos pendentes. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a estimativa, nas mesmas condições, é de 6 anos e 3 meses.

Já no Superior Tribunal de Justiça, o tempo de tramitação do processo pendente até o julgamento é de 1 ano e 6 meses.

A situação piora quando são analisados os números referentes ao tempo médio de tramitação dos processos pendentes na fase de execução de primeiro grau, que é de 7 anos e 1 mês, e que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, atinge a impressionante marca de 8 anos e 3 meses.

Sabe-se que uma prestação jurisdicional de qualidade não se resume à rapidez da obtenção de respostas. Conforme Carnelutti, citado por Alexandre Freitas Câmara,³⁷⁵ o tempo é inimigo que todos os operadores do Direito devem combater, mas não se pode ignorar que a verdade (processual) demanda tempo para florescer.

É que a rapidez não vale por si. Não é um direito, um valor ou um objetivo dotado de autossuficiência. A prestação da tutela dos direitos em tempo hábil precisa estar em conformidade com o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e os demais

³⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 04.02.2022.

³⁷⁵ Câmara apresenta a seguinte passagem de Carnelutti, extraída de *Diritto e Processo*, já traduzida: “a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo séculos para tornar-se espiga (‘veritas filia temporis’)... O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os doentes, visto que também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes a paciência. O ‘slogan’ da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição ‘in adiecto’: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, vol. 1, p. 67.

direitos fundamentais. Equilibrar o uso de técnicas voltadas à duração razoável do processo e as garantias processuais fundamentais continua a ser o desafio da processualística.³⁷⁶

Não se dever ter pressa ou açodamento, mas também não se deve perder tempo de forma desnecessária. Parece um paradoxo, mas não é. A velocidade deve ser empreendida de acordo com limites previamente estabelecidos, pois, do contrário, ela pode ser deletéria. Assim, se por um lado é fundamental evitar que o tempo do processo extrapole uma duração que vá além do razoável, senão do suportável,³⁷⁷ por outro, não é recomendável buscar a aceleração do processo sem medir as consequências e sem respeitar outros valores de igual significado e importância.

É consenso que a prestação jurisdicional deve ser melhor do que é, mas, “se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”,³⁷⁸ pois, se assim for, dar-se-á ensejo à caracterização de um modelo de processo constitucionalmente incompatível, a saber, um processo autoritário (antidemocrático),³⁷⁹ contra o qual é preciso estar sempre atento para impedir o seu desabrochar.

A duração razoável do processo não compreende apenas a ideia de celeridade, porque, além disso, pretende solucionar integralmente o mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º do CPC). Por isso, empreender rapidez as atividades processuais não é suficiente. O trabalho mal feito, embora rápido, precisará ser refeito ou se conviverá com a sensação de injustiça, de ineficiência qualitativa da prestação jurisdicional e, muitas vezes, pode dar ensejo à interposição de recursos objetivando uma nova decisão.³⁸⁰

Se o processo viabilizar o contraditório participativo, com a observância de efetivo diálogo entre as partes e o juiz, em comportamento pautado pela boa-fé, inclusive com

³⁷⁶ “[...] a busca pela efetividade do processo não equivale a afirmar que o processo efetivo é processo rápido. O valor celeridade, em si próprio, negligenciando a qualidade da prestação jurisdicional, o produto final do trabalho de julgamento, significa uma visão distorcida da efetividade com a qual o direito processual contemporâneo, preocupado com resultados, não pode compactuar”. CABRAL, Antonio do Passo. *A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In: **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Organizadores: FREIRE, Alexandre *et al.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 82.

³⁷⁷ Nesse sentido, empregando o termo “duração suportável do processo”, ver: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. *A Duração Razoável do Processo na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Futuro da Justiça*, p. 4 (Revista dos Tribunais Online).

³⁷⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contra o Processo Autoritário*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 242, 2015, p. 1 (Revista dos Tribunais Online).

³⁸⁰ “Isso porque já se percebeu que não adianta tão somente dar andamento rápido às atividades, uma vez que o trabalho malfeito induz retrabalho e tal situação é facilmente visível durando o processo quando se profere, por exemplo, uma decisão de modo superficial ou com formalismo exacerbado que induz o uso de recursos, reforma e refazimento do mesmo pronunciamento judicial”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Op. Cit.**, p. 452.

a prolação de decisão judicial que analise a fundo todas as matérias de fato e de direito produzidas, isso poderá inibir o uso irrefletido de recursos, diminuir o percentual de decisões reformadas ou anuladas, e, ainda, contribuir para a redução de seu tempo de duração.³⁸¹

Os maiores obstáculos que inviabilizam a duração razoável do processo são provenientes da conjugação de vários e diversos fatores, como (i) a quantidade excessiva de processos, a maioria deles composta pela Administração Pública como litigante contumaz, (ii) a mentalidade ultrapassada de muitos operadores do Direito, trabalhando sob a perspectiva de um modelo que não se ajusta à realidade contemporânea, (iii) a prática de atos de má-fé sem que sejam devidamente punidos pelo órgão julgador, (iv) a falta de estrutura adequada (insuficiente quantidade de juízes e servidores, remuneração defasada para alguns quadros administrativos, falta de prédios satisfatórios ao atendimento dos jurisdicionados, ausência de treinamento contínuo e de atos de gestão etc.), (v) maior investimento em tecnologia e qualificação contínua de juízes e servidores, e (vi) a ocorrência das denominadas “etapas mortas”, geradas pela “inatividade processual durante a qual os autos ou os expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses”.³⁸²

A lentidão processual gera consequências diretas para as partes do processo e indiretas para a sociedade. Ela é um grave problema social, porque é geradora de danos econômicos, permite a especulação e a insolvência, acentua os traços de discriminação entre as partes que podem esperar e aqueles que, esperando, tudo tem a perder, pelo fato do processo transformar-se em instrumento de pressão nas mãos dos economicamente mais favorecidos para impor aos mais debilitados as condições da rendição.³⁸³

Essa morosidade tem custos e, não raras vezes, esses custos são maiores do que as vantagens obtidas ao término do processo. Por isso, o Direito precisa dialogar com a Economia e com ela aprender. Num embate de posições entre um economista e um jurista, o primeiro tende a adotar o entendimento de que pode ser razoável esperar o transcurso de um breve período de tempo para aumentar de 80% para 95% as chances de escolher a decisão mais acertada. Em contrapartida, pode ser contraproducente aguardar 6 meses para elevar a probabilidade de acerto de 95% para 96%.³⁸⁴

As reformas processuais, em especial às que instituíram as técnicas de julgamento de casos repetitivos, os precedentes judiciais formalmente vinculantes, as técnicas de

³⁸¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Op. Cit.**, p. 453.

³⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**, p. 64.

³⁸³ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 276-277.

³⁸⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do Judiciário: Observações de Um Economista. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n° 75, 2004, p. 19.

simplificação procedimental e as que estimularam a utilização dos meios alternativos de solução de litígios, além da ampliação do uso das ações coletivas, da adoção do processo eletrônico e da tecnologia, tudo isso e muito mais, contribuiram para impactar positivamente na redução do tempo de duração do processo, embora ainda haja muito a ser melhorado.

Qualquer tentativa abstrata de se estabelecer um limite temporal previamente estipulado para tratar da duração razoável do processo será inócua. Estabelecer que um processo individual ou coletivo, deva durar por estimativa 2, 4 ou 6 anos é jogar na loteria: pode ser que acerte, mas a probabilidade de errar é muito maior. O acerto do lance fica jogado ao acaso.

A duração razoável do processo precisa ser compreendida de acordo com as especificidades do caso concreto. Para aferir a razoabilidade na tramitação processual, devem ser levados em consideração os critérios elaborados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, elaborados a partir do art. 6º, 1,³⁸⁵ em julgamento que condenou o Estado italiano “a indenizar um litigante daquele país pelo dano moral ‘derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda’”,³⁸⁶ sem exigir que somente a parte vencedora do processo originário tivesse legitimidade para pleiteá-la.

³⁸⁵ Art. 6º, 1. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 04 de novembro de 1950.** Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 22.04.2022.

³⁸⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 60. Eis a íntegra do acórdão: “Direitos políticos e civis – Itália – Duração dos procedimentos judiciais – Limites razoáveis – Caso concreto – Violação da Convenção – Ressarcimento do dano – Critérios de determinação (Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: arts. 6º e 50). Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses. O motivo de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte. O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele definidos. O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual ela é autora, a soma de 8.000,00 liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano moral advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo ‘êxito da demanda’”. **Idem, ibidem**, p. 69-70.

Segundo essa Corte, para verificar se há respeito à duração razoável do processo, sem dilações indevidas, é preciso atentar-se para: (i) a complexidade do caso; (ii) o comportamento das partes; e (iii) o comportamento dos juízes e dos auxiliares do juízo. A estes, pode-se acrescentar também os efeitos da tutela de urgência sobre a parte requerida.³⁸⁷

A solução do problema da lentidão processual acarreta a adoção de ações plúrimas, mas, uma delas, representa uma dupla mudança de mentalidade: (i) a primeira, relacionada ao uso de ações coletivas e de técnicas processuais voltadas ao julgamento de casos repetitivos; e (ii) ao fato de o jurisdicionado ter notado que o conflito no qual está envolvido, em determinadas situações, pode ser solucionado de forma mais adequada, eficiente e célere por outros métodos de solução de conflito, havendo até mesmo quem chegue a dizer que existe uma “fuga da justiça” estatal.³⁸⁸

Esses pontos se ajustam à delimitação inerente ao presente estudo – no caso, em específico, a arbitragem coletiva – “tanto porque fazem cessar ações (ou impedem seu ajuizamento), mas também porque, fazendo isso, possibilitam ao Judiciário se debruçar melhor sobre as causas sobre as quais, afinal, terá de produzir uma decisão integral e satisfatória de mérito”.³⁸⁹ O assunto será analisado no *Capítulo 4*.

3.3. JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O excesso de litigiosidade³⁹⁰ presente nas últimas décadas traduz-se em uma quantidade de processos acima da capacidade de produção do Poder Judiciário. A quantidade de decisões que acarretaram a solução dos litígios e a conseqüente baixa dos processos tem se mostrado inferior à demanda. Se, como dito por Carnelutti, “o litígio está presente no processo, como a enfermidade está na cura”,³⁹¹ há um número extremamente elevado de casos

³⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p. 95.

³⁸⁸ SOUZA, Arthur César de. *Celeridade Processual e Máxima da Razoabilidade no Novo CPC (Aspectos Positivos e Negativos do Art. 4º do Novo CPC)*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 246, 2015, p. 2 (Revista dos Tribunais Online).

³⁸⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Op. Cit.**, p. 454.

³⁹⁰ “Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato – uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da Função à Estrutura*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 158, 2008, p. 16.

³⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, vol. 1, p. 25.

que deixam de ter o mérito analisado em razão da prática daquilo que é denominado de “jurisprudência defensiva”.

Cuida-se de uma prática encontrada pelos tribunais brasileiros para tentar conter o número de processos, em especial, os recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que se vale da criação de obstáculos às vezes desprovidos de fundamentação constitucional ou legal para forçar a inadmissibilidade do ato processual praticado pela parte.³⁹²

Segundo o Ministro Humberto Gomes de Barros, em discurso proferido na solenidade de posse no cargo de presidente do STJ, em 07.04.2008, a jurisprudência defensiva consiste “na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos”.³⁹³

Isso é altamente arbitrário e incompatível com o Estado Democrático de Direito. Integra o corpo do que se chama de “processo incivil”.³⁹⁴ A exigência de formalismo exacerbado de modo pragmático agride até mais não poder o acesso à justiça e o devido processo legal. Decidir rapidamente, mas no formato inadequado, desprezando a análise do mérito por apego ao formalismo excessivo judicialmente fabricado é inaceitável.

Segundo Cruz e Tucci, ao tecer considerações sobre a jurisprudência defensiva, a experiência jurídica brasileira, ““esquecendo completamente de que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado”, os tribunais, em várias situações, extrapolam as garantias processuais, passando a legislar em detrimento do direito material dos jurisdicionados”.³⁹⁵

A crise de funcionalidade do Poder Judiciário não pode servir de justificativa para rejeitar as legítimas expectativas relacionadas ao exercício de direitos previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Ao agir assim, o Judiciário atua contra a legalidade. O apego ao formalismo exacerbado para tentar represar a quantidade de processos não pode ser visto como legítima defesa do Judiciário, cuja conduta legitimaria a exclusão da ilicitude.³⁹⁶

³⁹² NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil, p. 80.

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Posse dos Ministros Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha, Respectivamente, nos Cargos de Presidente e de Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, realizada em 7 de Abril de 2008.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99411/Ata_Pres_Gomes_Vice_Cesar.pdf>. Acesso em: 08.02.2022.

³⁹⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Processo Civil e Processo Incivil. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 131, 2006, p. 250-257.

³⁹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o Processo Autoritário, p. 1 (Revista dos Tribunais Online).

³⁹⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os Recursos no Novo CPC e a “Jurisprudência Defensiva”. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais.** Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 513.

Não se está, em razão destes apontamentos críticos, defendendo uma posição em prol do abandono das formas. Muito pelo contrário. Forma é garantia e coaduna-se aos ditames do devido processo legal. O processo a exige para assegurar a segurança jurídica. O problema está no “excesso de valor que se emprestou às formas, em detrimento do mérito ou da questão central posta em juízo”.³⁹⁷

Só é democraticamente legítimo inadmitir um recurso quando houver hipótese prevista no ordenamento jurídico autorizando tal decisão. Se o legislador optou por não cuidar de determinada situação que poderia funcionar como uma peneira a represar processos que contenham manifestações, atos ou documentos com esta ou aquela característica, não cabe ao magistrado fazê-lo. Os fins (redução de processos) não podem justificar os meios (reduzi-los sem amparo constitucional ou legal).

Em realidade, a relação meio e fim deve ser outra. “A jurisprudência defensiva dá maior ênfase à forma (meio) dos recursos do que à substância deles (fim), deixando de lado o direito material tutelado pelo jurisdicionado. Utiliza-se da suposta fragilidade do meio como desculpa para não analisar o fim dos recursos”.³⁹⁸

Bem visto esse cenário, a jurisprudência defensiva sequer atinge o fim pretendido (minimizar a quantidade elevada de processos que chegam aos tribunais), dando surgimento a uma “efetividade perniciosa”,³⁹⁹ a “barreiras que mais se identificam à ‘perversidade pretoriana’”.⁴⁰⁰

Na verdade, “o processo que poderia ser encerrado com um acórdão que aplicasse a jurisprudência dominante prolonga-se por muito mais tempo, com a discussão em torno da questiúncula processual que levou ao não conhecimento do recurso”.⁴⁰¹ “E isso quando” – o

³⁹⁷ COUTO, Monica Benetti. O Novo CPC e (Esperança de) Superação da Jurisprudência Defensiva. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, vol. 19, 2018, p. 545. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31801>>. Acesso em: 09.02.2022.

³⁹⁸ VAUGHN, Gustavo Fávero. A Jurisprudência Defensiva no STJ à Luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016, p. 5 (Revista dos Tribunais Online).

³⁹⁹ “Preocupa-me, no entanto, que a reação se expresse às vezes em uma espécie de efetividade perniciosa, conducente a um formalismo excessivo e não valorativo, baseado apenas no desempenho numérico e na estatística. Em outras hipóteses, não muito raras, as soluções encontradas mostram-se heterodoxas e surpreendentes, colocando em xeque o direito fundamental da segurança, apanágio do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Parece que esse tipo de tratamento, embora possa contribuir para desafogar o Judiciário, não coopera para a sua legitimação perante a sociedade civil, nem resolve realmente o problema”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

⁴⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Um Basta à Perversidade da Jurisprudência Defensiva. **Consultor Jurídico**, 24 de junho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 09.02.2022.

⁴⁰¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Op. Cit.**, p. 516.

que é ainda mais emblemático – “depois do trânsito em julgado, a questão não é reaberta por meio de ação rescisória”.⁴⁰²

Atento a isso, CPC/15 veio para combater a jurisprudência defensiva de maneira mais efetiva com a explicitação do princípio da cooperação (art. 6º), a ser aplicado em conjunto com a vedação de decisão surpresa (art. 10). Fique claro que a colaboração no processo aqui mencionada não quer significar que as partes devam colaborar entre si, eis que possuem interesses antagônicos. A colaboração deve ser do juiz para com as partes, que a realiza pelos deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio.⁴⁰³ Como prevê o art. 317, “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

De outro lado, o CPC/15 também instituiu o princípio da primazia do mérito (art. 488), sempre que o juízo, no caso concreto, verificar se possível “proferir um julgamento de mérito em vez de extinguir o processo sem resolução do mérito quando a decisão a ser proferida for favorável à parte a quem aproveitaria a sentença terminativa”.⁴⁰⁴ Se o mérito é o pedido imediato da demanda, não parece razoável compreender que alguém venha a se contentar com o mero recebimento da pretensão deduzida,⁴⁰⁵ de forma a “imaginar o processo como um protagonista de si mesmo”.⁴⁰⁶

Em todas as ocasiões em que o órgão julgador se deparar com um vício processual, tem ele o dever de oportunizar a sua correção, se sanável (art. 317), ou, então, simplesmente convalidá-lo diretamente, na ausência de prejuízo. Foi nesse diapasão que CPC/15 tratou de certas situações, como as verificadas a seguir: (i) concessão do prazo de 5 dias para que o agravante junte a seu recurso a peça obrigatória faltante, sob pena de inadmissão (art. 1.017, § 3º); (ii) oportunizar a regularização de vício recursal, mediante decisão do relator ou do colegiado (art. 938, § 1º); (iii) converter o julgamento do recurso em diligência, mediante decisão do relator ou do colegiado, no caso de necessidade de produção de prova (art. 938, § 3º); (iv) dispensa de ratificação do recurso interposto na pendência de

⁴⁰² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Op. Cit.**, p. 516.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, p. 497.

⁴⁰⁴ FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Art. 488. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; e CUNHA, Leonardo Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 678.

⁴⁰⁵ FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 576.

⁴⁰⁶ LEMOS, Vinícius Silva. O Princípio da Primazia de Mérito na Fase Recursal de Acordo Com o NCPC. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 749.

juízo de embargos de declaração (art. 1.024); (v) o equívoco no preenchimento da guia de custas não causará deserção, cabendo ao relator, no caso de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para fazê-lo, no prazo de 5 dias (1.007, §7º); reconhecimento da tempestividade do recurso interposto antes do termo inicial do prazo (art. 218, § 4º), dentre outras várias hipóteses.

As previsões trazidas pelo CPC/15, a despeito de não solucionar de vez o problema da jurisprudência defensiva, ao menos têm o potencial de minimizá-la significativamente. É certo que ainda há o risco da permanência nociva da postura formalista, embora, acredita-se, diminuto. Por isso, tais previsões devem ser vistas como um ideal a ser buscado pelo legislador, sendo exemplos ilustrativos de determinados valores, tidos como essenciais para a mudança de postura por parte do julgador, de modo que passe a se preocupar mais com a resolução dos problemas que lhes são apresentados, ao invés de criá-los.⁴⁰⁷

De qualquer modo, tais previsões já são suficientes para diretamente viabilizarem uma melhor prestação jurisdicional, ao mostrar “um novo caminho para o sistema jurídico brasileiro, no qual a técnica não seja o seu fim último”.⁴⁰⁸ Certamente, tem-se um avanço, mas, ainda assim, a prática precisa ser consentânea aos ditames legais.

3.4. JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA

No Brasil, o direito fundamental à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), base indispensável ao Estado Democrático de Direito, não tem sido levado a sério, embora, em essência, deva representar uma justificativa democrática do poder inerente ao julgador, para que, racionalmente, exteriorize quais foram os motivos determinantes de seu convencimento, de modo a evitar a prolação de decisões marcadas por produtos que sejam fruto daquilo que não pode ser revelado, do acaso ou do arbítrio.

Na prática, há, não de hoje, uma crise decisória, acentuada a partir da deflagração do desenvolvimento teórico do neoconstitucionalismo, por conta de ter trazido para o debate judicial concepções antes não analisadas ou analisadas insuficientemente, como (i) a distinção entre texto e norma, (ii) a disseminação de textos normativos de textura aberta (princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), (iii) a superação do método hermenêutico do silogismo subsuntivo, (iv) a superação de dogmas da separação de poderes,

⁴⁰⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Op. Cit.**, p. 535.

⁴⁰⁸ COUTO, Monica Benetti. **Op. Cit.**, p. 545.

da supremacia do parlamento, da estrita legalidade e a atividade jurisdicional de conteúdo meramente declaratório.⁴⁰⁹

Todos esses fatores, ladeados ao excesso de litigiosidade judicial acima já abordado, foram determinantes para o surgimento de uma patologia conhecida como jurisprudência lotérica, conforme foi dito por Eduardo Cambi, pelo fato de a mesma questão de direito poder ser julgada de maneiras variadas pelo mesmo órgão julgador, em um mesmo momento histórico. A razão que deveria nortear o processo de tomada de decisão, em respeito à integridade do direito, acaba por ser substituída pelo fator sorte, tudo a depender de quem venha a julgar a pretensão deduzida, vilipendiando a segurança jurídica⁴¹⁰ e, “muitas vezes, transformando o processo em um instrumento de desestabilização das relações jurídicas”,⁴¹¹ sendo tal prática denominada até mesmo de “anarquismo judicial”.⁴¹²

⁴⁰⁹ ATAÍDE JR., Jalmiro Rodrigues. A Fundamentação Adequada Diante do Sistema de Precedentes Instituídos pelo NCPC. **Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR., Fredie *et al.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 674.

⁴¹⁰ “A ideia de jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. Nosso sistema processual permite que, para casos idênticos, sejam obtidas decisões diferentes, contemplando, inclusive, a situação por vezes absurda (kafkiana) de chegar-se ao ponto de, transitada em julgado a decisão, não se admitir a ação rescisória, por violação literal de disposição de lei (art. 485, inc. V, do CPC), quando a matéria é divergente nos tribunais (Súmula 343/STF: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.’). Embora possa se argumentar que esse fenômeno não seja patológico, visto que decorre da própria hermenêutica jurídica, é preocupante, uma vez que, na mesma situação que se encontra o personagem do conto kafkiano, isso revela a vulnerabilidade do cidadão que, sendo afortunado, fica apenas ‘diante da lei’, mas dela não se pode beneficiar. Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por juízes ou tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional. Desse modo, tendo um órgão jurisdicional julgado de um jeito e outro de outro, instaura-se uma atmosfera de incerteza, com a consequência de retirar a credibilidade social na administração da justiça. Portanto, se é necessário assegurar aos juízes liberdade para interpretar o Direito, essa liberdade não pode ser absoluta, porque dá margem a existência do fenômeno da jurisprudência lotérica, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-juiz. [...] Parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, ‘caput’), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto ‘enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit’ (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social”. CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 786, 2001, p. 110.

⁴¹¹ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Acesso à Justiça e (In)Segurança Jurídica: O Conhecimento e a Determinação dos Direitos no Sistema Brasileiro. **Revista da Ajuris**, vol. 45, n. 144, 2018, p. 157. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/825/Ajuris-144-DT%205.pdf>>. Acesso em: 12.02.2022.

⁴¹² “Esse estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos ‘anarquismo judicial’, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. Em termos econômicos, o investimento em M é subótimo. Em

Algumas questões eclodidas a partir do constitucionalismo contemporâneo são responsáveis por ampliar o espectro de discricionariedade do órgão julgador. Se texto e norma não são coincidentes, por ser esta última o resultado da interpretação do primeiro, em conformidade com a realidade social;⁴¹³ e se os textos normativos passaram a ser dotados de maior “elasticidade”, como se passa com os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, tem o julgador melhores possibilidades de aplicar o direito ao caso concreto, ajustando-o à realidade, sem a necessidade de alterações legislativas em série.⁴¹⁴

No entanto, essa atividade criativa⁴¹⁵ correlatada à interpretação, não pode transmitir a falsa ideia de que seja desprovida de vínculos, ou, ainda, autorizar que o intérprete possa chegar ao resultado que lhe apresente mais correto independentemente da normatividade jurídica vigente.

Como relatado por Ronald Dworkin, “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”, e, por conta disso, “tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um pedaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”.⁴¹⁶

termos jurídicos, não há segurança jurídica”. GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB**, vol. 5, 2015, p. 483. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3270/pdf>>. Acesso em: 10.02.2022.

⁴¹³ “[...] normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” MÜLLER, Friedrich. **Op. Cit.**, p. 247. No mesmo sentido, dentre outros: “O fato é que não se interpreta a ‘norma’: a ‘norma’ é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica e social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto do texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do ‘mundo da vida’. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade”. GRAU, Eros. **Op. Cit.**, 16.

⁴¹⁴ “Como a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou elaborar tantos procedimentos especiais quantos forem considerados necessários à tutela dos direitos, as regras processuais abertas surgem como alternativa para que os textos legais sejam adaptados aos variados contornos da realidade social”. NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**, p. 188; “Há tempos sustentamos que estes parâmetros mais nublados ou, usando uma linguagem mais próxima ao dia a dia do operador do direito, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos são ‘poros’ que permitem à realidade penetrar no direito. Por isso, apesar de o direito se ‘autogerar’, ele se oxigena, permanentemente, abrindo-se para elementos do mundo exterior”. ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**, p. 94.

⁴¹⁵ Para Humberto Ávila, ao invés de atividade criativa da norma se tem uma atividade reconstrutiva: “[...] o intérprete não só constrói, mas ‘reconstrói’ sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”. Segundo o ilustre autor, “interpretar é construir a partir de algo”, por isso significa ‘reconstruir’: uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados ‘núcleos de sentidos’, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”. ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 53-54.

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-51.

Ao intérprete não cabe decidir conforme a sua subjetividade, a ponto de “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária nos textos, como se texto e normas estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma)”,⁴¹⁷ “ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico”.⁴¹⁸ Os juízes não podem atuar tal como se fosse coautores dos legisladores, como foi detectado por José Eduardo Faria.⁴¹⁹

Isso quer dizer que o intérprete, “embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos”.⁴²⁰ Se assim fosse, o agir impelido pelo voluntarismo descaracterizaria a discricionariedade respeitosa à integridade do direito, para representar uma nefasta arbitrariedade.⁴²¹

É fonte de injustiça, desconfiança e descrédito social, a verificação pela sociedade de que casos semelhantes venham a comportar decisões diametralmente distintas, se a normatividade jurídica observada e aplicada pelo Poder Judiciário é a mesma. Se a empresa A celebra dois contratos de idêntico teor, um com a empresa B e outro com a empresa C, as ações judiciais deles oriundas, fundamentadas em idêntica questão de direito (nulidade de cláusula contratual abusiva, p. ex.), não podem produzir resultados conflitantes, embora os órgãos julgadores possam ser distintos.

Se o direito aplicável pelo Judiciário brasileiro é o mesmo, não há argumento que justifique essa divergência decisória irradiada no mesmo momento histórico. Trata-se um absurdo que não pode ser normalizado, pois compromete a proteção da confiança do

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 114.

⁴¹⁸ **Idem, ibidem**, p. 115.

⁴¹⁹ “É aí que surge o fenômeno da ‘judicialização’ – a crescente ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida política e econômica (Tate e Torbjörn, 1997). Como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja, ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus coautores. Por isso, a tradicional divisão do trabalho jurídico no Estado de Direito é rompida pela incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras e sem lacunas, de respeitar os princípios gerais de direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados. Isso propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à promotoria e à magistratura, levando assim ao protagonismo judicial na política e da economia. E, na medida em que o ‘sistema de Justiça’ tem de decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações socioeconômicas, ele se converte numa instituição ‘legislativamente’ ativa”. FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios. **Estudos Avançados**, 18 (51), 2004, p. 109. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwGPNsgbRRM3FmQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 08.03.2023.

⁴²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, p. 23-24.

⁴²¹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil p. 84; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Ativismo Judicial, Indisponibilidade de Bens e Ação de Improbidade Administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021, p. 234.

jurisdicionado⁴²² ao tornar-lhe incerto o comportamento a ser realizado no futuro em situações semelhantes.

A pauta de conduta traçada pelo Judiciário não pode ser volátil. Isso seria uma indesejável surpresa que atingiria de morte a legítima expectativa na regra deflagrada pela decisão anterior. É preciso ter razoável previsibilidade para analisar quais das possíveis ações a serem desenvolvidas pelo jurisdicionado possui maior grau de probabilidade de produzir resultados exitosos ou que sejam menos danosos. Nessa perspectiva, a segurança jurídica possui correspondência com o escopo educativo do processo para que todos sejam educados em referência à defesa de seus próprios direitos e possam respeitar os alheios.⁴²³

Os exemplos poderiam ser apresentados à exaustão, porque a práxis judiciária brasileira é pródiga em produzir esse tipo de serviço, marcado por vícios de qualidade, que, ainda assim, são consumidos pelo jurisdicionado.

Por isso, na tentativa de reverter esse quadro, o legislador brasileiro, ao longo das últimas décadas e, em especial, no CPC/2015, preocupou-se em desenvolver técnicas processuais direcionadas à criação de uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (art. 926 do CPC). Os precedentes judiciais formalmente vinculantes (art. 927 do CPC/2015) intensificam a tentativa de se conter os voluntarismos judiciais e, assim, buscar a concretização da segurança jurídica em patamares minimamente aceitáveis. Trata-se, porém, de uma batalha difícil de ser vencida, porque o caminho para atingi-la passa necessariamente pela harmonização da prática judiciária à utilização de uma adequada teoria da decisão, com a valoração da fundamentação decisória, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC.⁴²⁴

É que num cenário em que a lei é desrespeitada, apostar as fichas no cumprimento automático dos precedentes judiciais pode parecer algo ingênuo. Notadamente porque a forma como são produzidos os precedentes pelos Tribunais brasileiros tem se mostrado inadequada.

⁴²² O princípio da confiança precisa ser colocado sob foco das ações do Poder Judiciário. De nada adianta existirem orientações que estabeleçam procedimentos a serem observados pelos juízes e tribunais sem que isso seja realmente encampado como um escopo educativo do processo judicial, assumido como papel do juiz e efetivado em assegurar um sistema de decisões com coesão para a uniformidade, com critérios objetivos para a revisão dos entendimentos firmados. ICOHAMA, Celso Hiroshi. **Op. Cit.**, p. 169.

⁴²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1, p. 133.

⁴²⁴ Essa potencialidade do sistema de precedentes é verificável a partir da projeção que se faz de um sistema decisório íntegro, em que se possa ter maior previsibilidade nas decisões para desestimular a propositura de ações infundadas e incentivar a insegurança jurídica. Tal solução pode evitar o fenômeno da ‘jurisprudência lotérica’, isto é, diante da falta de observância dos precedentes judiciais, em que cada julgador decide apenas conforme a sua consciência, o que impõe à parte vencida o ônus de recorrer, postergando a solução definitiva da causa”. CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os Precedentes e o Dever de Motivação no Novo Código de Processo Civil. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 635.

Pode-se até mesmo dizer que, não raras vezes, deixa-se de produzir precedente no Brasil, para se produzir apenas decisão de eficácia vinculante, sem a possibilidade de identificação da *ratio decidendi*, o que desvirtua a sua aplicabilidade.

Nesses casos, a decisão até leva o nome de precedente, mas, na essência, não pode ser assim classificada. Como a receita para fazer precedente não é adequadamente observada, o seu respeito e a sua aplicabilidade são deficitárias, porque mais se identifica o propósito de gerenciamento de processos do que propriamente se trabalha com a ideia do romance em cadeia dworkiano, de encarar o precedente como projeto inacabado, numa dinâmica que busca o constante aperfeiçoamento em conjunto com as transformações ocorridas na sociedade.⁴²⁵

O primeiro e decisivo ponto que merece destaque diz respeito ao papel que deve ser exercido pelas cortes que ocupam o vértice da organização judiciária. Daniel Mitidiero tem razão quando sustenta a tese de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça precisam deixar a concepção de Cortes Superiores para trás a fim de desempenharem o modelo de Cortes Supremas.⁴²⁶

As Cortes Superiores são reativas, por estarem sempre preocupadas com o passado, com a aferição da legalidade das decisões recorridas e valendo-se da jurisprudência apenas como um parâmetro utilizável para aferir o cometimento de erros e acertos existentes da decisão impugnada. O recurso é baseado no *jus litigatoris* e a Corte possui pouca autonomia para realizar a gestão de sua própria atividade.

A interpretação do Direito é tratada como o modo por meio do qual os julgadores se valem para atingirem o fim de controlar a decisão recorrida. A uniformização da jurisprudência possui um caráter instrumental e a sua inobservância pelos juízos hierarquicamente inferiores é vista com certa naturalidade ou até mesmo como algo desejável dentro do sistema jurídico.⁴²⁷

⁴²⁵ “[...] uma constatação relevante para a busca da ‘ratio decidendi’ decorre do fato de os precedentes não serem apenas estáticos. Estando inserido em uma situação dinâmica. O precedente gerado em uma primeira decisão vai sendo paulatinamente interpretado, seja pela Corte que o editou, seja pelas demais Cortes nos julgados futuros, que irão, de forma inexorável, mesmo que restritivamente, por se basearem no texto de precedentes anteriores, aumentar ou restringir o seu âmbito de aplicação. A delimitação da ‘ratio decidendi’ será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado anterior como uma parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente, como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à ‘ratio decidendi’”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 201; “A cada novo caso em que se cogita a aplicação de um precedente judicial, abre-se a oportunidade de uma reflexão que Dworkin caracterizaria como ‘pós-interpretativa’, na medida em que as interpretações construtivas realizadas pelos juízes anteriores são novamente postas à prova no caso concreto, com vistas a determinar se as regras jurisprudenciais invocadas são sub ou sobreinclusivas, isto é, se elas atendem ou não à justificação que foi apresentada para a sua criação”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Op. Cit.**, p. 286.

⁴²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 13.

⁴²⁷ **Idem, ibidem**, p. 14.

Já o modelo das Cortes Supremas, entende-se que a interpretação do Direito deve se valer dos seus precedentes como meio utilizado para dar orientação à sociedade civil e à comunidade jurídica sobre o significado atribuído aos textos normativos. Desse modo, a sua atividade é proativa e direcionada para o futuro. A análise recursal permite a tutela do *jus constitutionis*, na medida em que existe autonomia para gerir a própria agenda. O caso concreto submetido a julgamento é apenas o meio pelo qual as Cortes Supremas se valem para exercer a função de interpretar o Direito. Por consequência, a formação de precedentes possui um papel central, sendo que a sua inobservância em julgamentos futuros é considerada grave e intolerável falta institucional.⁴²⁸

É claro que é possível a mudança de opinião acerca de um assunto. Porém, a mudança de entendimento deve ser justificável, considerando-se que o precedente deve ser marcado pela estabilidade.⁴²⁹ As superações de entendimento devem ser pautadas por motivos razoáveis, todos adequadamente externados no corpo do ato decisório, com a máxima preservação da proteção da confiança, da boa-fé e da segurança jurídica, por meio da técnica da modulação temporal dos efeitos a decisão, sempre que necessária.

A alteração de uma Corte Superior para uma Corte Suprema implica sustentar que o papel desta última passa a ser o de uma Corte de formação de precedentes. Abandona-se a compreensão de que a Corte deve buscar o sentido exato da lei, para, em vez disso, instituir precedentes.⁴³⁰

Não faz o menor sentido realizar alterações legislativas para trabalhar com precedentes judiciais, se, na prática, não ocorre simultaneamente uma mudança da cultura argumentativa para satisfazer as potencialidades pretendidas, em que pese se reconheça que essa mudança não ocorrerá de forma imediata com a entrada em vigência de novo texto legislativo. Para tanto, como adverte Diego Diniz Ribeiro, “é indispensável repensar velhos dogmas e promover algumas mudanças profundas no nosso sistema jurídico, sob pena, em verdade, de caminharmos para a criação de um ‘Macunaíma Law’”.⁴³¹

⁴²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 14.

⁴²⁹ “É desejável que o mesmo juiz não mude de opinião; que os tribunais de 2º grau mantenham a jurisprudência firme e estável; mas é, principalmente, não só desejável, como imprescindível para o bom funcionamento do sistema, que os ‘Tribunais Superiores e o STF não alterem, com frequência, suas posições’. Afinal, o direito não pode se confundir com a sucessão de ‘opiniões’ diferentes, de diferentes juízes de Cortes Supremas. A jurisprudência firmada há de ser ‘do tribunal’, e não de cada ministro, individualmente considerado”. ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**, p. 78.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o ‘sentido exato da lei’ para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 950, 2014, p. 165-198.

⁴³¹ RIBEIRO, Diego Diniz. Precedentes em Matéria Tributária e o Novo CPC. In: **Processo Tributário Analítico**. Coordenação: Paulo César Conrado. São Paulo: Noeses, 2016, vol. 3, p. 118.

Nessa ordem de ideias, é alarmante admitir que os votos dos Ministros das Cortes Supremas não sejam proferidos a partir de precedente existente sobre determinado tema, mas, ao contrário, que o precedente seja invocado para reforçar as razões contidas no voto.⁴³²

Outro ponto significativo é o de que a quantidade excessiva de demandas justifica a ampliação da possibilidade de decisões monocráticas em prol da funcionalidade da Corte, porém, não obstante a isso, nos casos que implicam a atuação do colegiado, parece haver uma aversão ao dissenso, de modo que “um julgador, mesmo discordando de seus pares, prefere endossar a decisão majoritária a manifestar a sua opinião individual”, de modo que, na prática, “aquilo que seria um julgamento por maioria acaba se tornando uma (falsa) decisão unânime. Não por haver consenso, mas porque os custos do dissenso superam as suas desvantagens”.⁴³³

Essa “colegialidade simbólica”⁴³⁴ – ou esse “pseudocolegiado” –, pode ser impulsionada por uma série de fatores baseados na relação muitas vezes equivocada entre o custo e o benefício, como, por exemplo, um julgador que silencie a divergência ao externar o seu “de acordo” por reverência aos pares mais experientes ou influentes ou por não querer criar atritos; que queira demonstrar unidade decisória a fim de aumentar a credibilidade institucional, ainda que essa unidade seja apenas aparente; que tenha a expectativa de reciprocidade dos outros julgadores quando ele atuar como relator ao expressarem concordância com o voto exarado; que almeje acelerar o julgamento da causa ou acomodar a quantidade de trabalho em seu gabinete, na medida em que a não exteriorização do dissenso lhe evita a redação do voto vencido etc.⁴³⁵

A divergência não é algo que deve ser evitado para o bem do funcionamento do sistema,⁴³⁶ a não ser que se enxergue a questão sob a ótica do “eficientismo”, que pretende

⁴³² “A ausência, muitas vezes, de síntese orgânica do estado da jurisprudência nos acórdãos do STF parece ter ligação com certa característica quanto ao uso dos precedentes pelos seus ministros. A leitura dos votos dos ministros do STF mostra que a invocação de precedentes judiciais não costuma ser feita com o objetivo de avaliar a ação em julgamento dentro de uma corrente jurisprudencial, mas, sim, de utilizá-los como elementos de reforço argumentativo dentro da estratégia de decisão escolhida pelo voto. O conjunto da jurisprudência não é tomado como um dado a ser necessariamente considerado independente do resultado que o voto venha a defender, inclusive para eventualmente superá-lo, mas como um dos vários elementos que podem ser utilizados para a defesa de um resultado, a depender de sua conveniência”. SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. *Três Desafios Para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira*. Organizadores: VOLVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

⁴³³ VIOLIN, Jordão. *Onde Está a Segurança Jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais*. **Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil: Teoria Geral do Processo I**. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 700.

⁴³⁴ **Idem, ibidem**, p. 700.

⁴³⁵ **Idem, ibidem**, p. 700.

⁴³⁶ “É possível que se preserve o entendimento pessoal do julgador a respeito dos temas a ele submetidos para apreciação, inclusive, possibilitando-lhe que se manifeste contrariamente à orientação dos tribunais, na decisão,

reduzir o número de processos sem se preocupar tanto com a justiça do caso concreto ou com a adoção de técnicas processuais voltadas mais para o gerenciamento de processos do que com o conteúdo da decisão.⁴³⁷

A participação dos membros do colegiado deve ser efetiva e não *pro forma*, até para exteriorizar o dissenso e estimular reflexões futuras sobre a dissensão. O integrante do colegiado que diverge da maioria dialoga com esta, com as partes do processo e sinaliza para a sociedade o seu posicionamento sobre o tema, que talvez um dia venha a contribuir para a superação do precedente. À vista disso, “a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes”.⁴³⁸

Porém, enquanto isso não ocorre de modo significativo, a falta de efetivo diálogo entre os integrantes das cortes dificulta a formação de precedentes. Dificilmente um ministro cita trechos de votos de outros ministros ao redigir o seu voto. Ao contrário, utiliza passagens por ele mesmo produzidas em votos anteriores e não avança na análise de pontos de vistas coincidentes ou distintos sustentados por seus pares.

A tendência verificada é a de que a coerência ao decidir está relacionada aos fundamentos que foram individualmente utilizados em votos anteriores proferidos pelo membro da Corte quando tenha atuado como relator e não em relação à decisão da Corte enquanto órgão colegiado.⁴³⁹ Assim, a coerência é pessoalizada, localizada na parte que compõe o todo, mas não no todo em sua inteireza, que é o colegiado.

sem que isso venha a significar contradição decisória. Há de se destacar, ainda, que, dada a possibilidade de o julgador ressaltar seu entendimento pessoal na decisão e curvar-se à orientação dos tribunais, pode contribuir para a reconstrução do precedente, pois tal conduta pode indicar a necessidade de superação e sinalizar aos tribunais eventual revisão do entendimento”. CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. **Op. Cit.**, p. 635.

⁴³⁷ “Como já se aludiu, trabalhar com o direito jurisprudencial não deve servir de atalho para, no atacado, resolver massivamente os casos que chegam ao Judiciário. Se, de um lado, a formatação de teses e de enunciados sumulares favorece a uniformidade do Direito e a previsibilidade e confiança do jurisdicionado, de outro, não deve servir de escusa para o Judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhes são submetidos, aplicando, ou deixando de aplicar, o direito jurisprudencial com base em razões de fato e de direito construídas comparticipadamente pelos sujeitos processuais”. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015: Uma Breve Introdução*. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 331.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

⁴³⁹ “A prevalência da argumentação individual sobre a coletiva pode ser notada não só no estilo dos votos, mas também por seus elementos. Os ministros do STF costumam priorizar a citação de referências que mais se afinam à sua linha argumentativa, como textos doutrinários de sua preferência, sobre aquelas que dizem respeito a processos coletivos e de acesso imediato, como os debates da Assembleia Nacional Constituinte, projetos de lei e o próprio histórico legislativo de tramitação da norma cuja constitucionalidade é analisada. Mesmo quando citam a jurisprudência do STF, os ministros têm por hábito mencionar os julgados que eles próprios atuaram como relatores. Ao assim procederem, reforçam a tendência de que tais casos sejam lidos e compreendidos

apresentados por seus pares, para, refletidamente, a eles aderirem ou dissentirem, e, conseqüentemente, buscarem a melhor resposta para o caso em análise.⁴⁴⁴

Formalmente, uma decisão deliberativa pode ser classificada a partir do estilo literário nela empregado, ao verificar se a manifestação externa é uma única voz ou um formato composto por múltiplas vozes. Isso quer dizer que ela pode ser *per seriatim*, *per curiam* ou posicionar-se de modo intermediário entre uma e outra, quando se torna possível encontrar uma decisão colegiada que retrate os votos concorrentes e dissidentes ladeados à opinião da Corte.⁴⁴⁵

Uma decisão *seriatim* não deliberativa não contribui para a convergência dialógica que deve ser inerente à interação colegiada. Ao invés de uma decisão da Corte, tem-se a imagem de uma “colcha de retalhos”,⁴⁴⁶ por transparecer a existência de decisões individuais enfileiradas lado a lado sem comunicar-se uma com as outras, tendo sido frequentemente elaboradas antecipadamente antes de cada julgador conhecer o teor dos votos dos seus pares.

Como, na prática, os magistrados levam os votos já prontos, dificilmente haverá reconsideração do ponto de vista apresentado, eis que eles já vão para a sessão predispostos a defender os seus argumentos.⁴⁴⁷ Com efeito, da somatória de votos individuais, a *ratio decidendi* pode não ser extraída com facilidade ou até mesmo inexistir.

Isso não apenas como resultado das regras processuais, mas também pelo fato de algumas práticas judiciais serem verdadeiros obstáculos à deliberação, como quando o julgador pretender fazer o seu argumento prevalecer sobre os apresentados pelos colegas valendo-se de estratégias semelhantes às dos advogados (ex: caso Ellwanger), ou quando a publicidade extrema causa desvantagem (ex: receio de apresentar contra-argumentos em sessão de julgamento televisionada ao vivo).⁴⁴⁸

É o que pode acontecer com decisões majoritárias compostas de fundamentos plúrimos, pois pode haver uma maioria que não aprove um único fundamento. Cada julgador pode chegar ao mesmo resultado valendo-se de fundamento distinto. Em julgamento cujo placar tenha sido três a dois, só haverá a caracterização da *ratio* se pelo menos três votos

⁴⁴⁴ MENDES, Conrado Hubner. O Projeto de uma Corte Deliberativa. Organizadores: VOLVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

⁴⁴⁵ **Idem, ibidem**, p. 62.

⁴⁴⁶ **Idem, ibidem**, p. 66.

⁴⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer?” O Papel do Ministro Relator na Deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 1 (1), 2015, p. 191. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21/22>>. Acesso em: 14.02.2022.

⁴⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, 11 (3), 2013, p. 556 e ss. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359?login=false>>. Acesso em: 14.02.2022.

compartilharem o mesmo fundamento.⁴⁴⁹ A despeito da importância do voto de cada um ser decisivo, a decisão da Corte é que deve ter relevo.⁴⁵⁰

Alexandre Freitas Câmara assevera que a identificação dos fundamentos determinantes de um acórdão passa por um procedimento composto de dois passos: “em primeiro lugar, identifica-se o fundamento determinante de cada voto; em seguida, comparam-se os votos para determinar a extensão do consenso entre os membros do colegiado que tenham chegado à mesma conclusão”.⁴⁵¹

Prossegue o ilustre processualista: “Quando todos os membros do colegiado, ou a maioria, concordam com um específico fundamento, a tarefa é simples. Todavia, quando esse consenso não pode ser encontrado, torna-se impossível identificar o fundamento determinante”.⁴⁵²

Uma decisão *per curiam* não deliberativa também é insuficiente para atender as reais demandas de uma sociedade democrática. Ela corresponde a uma decisão unitária, mas, ao mesmo tempo, desenvolve um estilo que mais se aproxima de uma exposição hermética. Ela até possui interação colegiada na fase prévia à tomada de decisão, porém, guarda certa semelhança com o estilo francês, por proporcionar a redação de um texto enxuto, sinótico e formulaico.⁴⁵³

O maior defeito apontado pela doutrina ao modelo *per curiam* é o anonimato da deliberação, o que reduziria a transparência, excluiria a responsabilidade pessoal do magistrado e poderia estimular a redação de acórdãos de qualidade duvidosa. Essa crítica pode ser superada por atribuir-se ao relator a função de identificar-se ao redigir o acórdão sempre que exarar o voto que mostrar-se vencedor, e ao magistrado que prolatar o primeiro voto vencedor na hipótese do relator ter sido vencido, “de modo a permitir que se atribua a

⁴⁴⁹ Enunciado nº 315 do FPPC: “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”. Enunciado nº 317 do FPPC: “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. Enunciado nº 319 do FPPC: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**, p. 30-31.

⁴⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**, p. 257-258. Em sentido aproximado: “Outra hipótese de precedentes sem ‘ratio’ se dá nos casos de julgamento colegiado, quando a decisão alcançada se dá em determinado sentido, por maioria ou unanimidade, mas, ainda assim, inexistente um fundamento predominante. É dizer, embora os juízes alcancem o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes, o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir deste tipo de decisão. Assim, mesmo obrigatório o precedente, quando a decisão for tomada sem um consenso mínimo quanto às suas razões, não se forma a sua norma, já que é impossível coligi-la de forma não arbitrária”. MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo Para a Definição de Ratio Decidendi na Teoria dos Precedentes Judiciais. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 237.

⁴⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**, p. 258.

⁴⁵³ MENDES, Conrado Hubner. **Op. Cit.**, p. 67.

alguém a responsabilidade – e o correlato dever de prestar contas, ‘accountability’ – pelo que conste do pronunciamento judicial”.⁴⁵⁴

Atualmente, tal como atuam, as Cortes Supremas seriam “não uma ‘orquestra’, onde o todo é maior do que a soma das partes, mas um ‘tribunal de solistas’, no qual o virtuosismo individual prevalece – em vez de se subordinar – sobre o ideal de um concerto”.⁴⁵⁵ Por mais talentoso que um musicista seja, a música é resultado de um trabalho conjunto, logo, a colaboração e a deliberação são indispensáveis para o adequado funcionamento de um órgão colegiado.

Destaque-se, ainda, por oportuno, que a interação almejada no órgão colegiado com base no diálogo desenvolvido pelos seus membros, embora indispensável, não é, por si só, suficiente. Para se deliberar pelo modelo *per curiam*, deve haver atuação participativa voltada à formação de precedentes, de modo a enfrentar todos os argumentos que foram deduzidos no processo e que sejam capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, do CPC).

Para tanto, além de dever analisar detidamente os argumentos apresentados pelas partes do processo, pelo Ministério Público (quando atuar como *custos legis*), pela Defensoria Pública (quando atuar como *custos vulnerabilis*) e pelos terceiros intervenientes, há necessidade, isto é, o dever da Corte considerar “os argumentos trazidos ao processo pelos ‘amici curiae’ ou pelos participantes das audiências públicas (ou de nada terá servido a abertura do procedimento para essa participação subjetivamente ampliada [...])”.⁴⁵⁶

Outra questão que denuncia a maneira errônea como os precedentes judiciais são formados e aplicados no Brasil, guarda relação com a cultura do “ementismo”, consistente na prática reiterada de reprodução de ementa de acórdão ou de enunciado de súmula nas manifestações processuais das partes e no corpo das decisões judiciais, de modo a imaginar que isso pudesse ser visto como a exteriorização do precedente em si.

Nada mais equivocado, porque esse comportamento é realizado de forma descontextualizada do caso concreto e sem observar a necessária análise comparativa⁴⁵⁷ e relacional que deve ser concretamente feita entre os fundamentos determinantes (de fato e de direito) do precedente invocado e o caso a ser julgado na oportunidade presente.

No âmbito do modelo constitucional de processo, baseado, em especial, no contraditório participativo, na cooperação e no dever de fundamentação analítica da

⁴⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**, p. 265.

⁴⁵⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Op. Cit.**, p. 72.

⁴⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**, p. 265.

⁴⁵⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Op. Cit.**, p. 5.

decisão judicial, exige-se um reposicionamento da prática processual. A argumentação baseada em precedentes, bem como a sua aplicação, depende da recuperação do caso paradigma nos termos propostos, para que a *ratio decedendi* não seja confundida com a reprodução dos dizeres contidos na ementa ou enunciados de súmula.⁴⁵⁸

O contraditório impõe às partes – ou melhor, aos seus representantes processuais – e ao juiz maior preparo na apresentação dos argumentos e fundamentos lançados ao longo do processo. Evidentemente, não se há de reprimir a transcrição de ementas ou de enunciados de súmulas, mas, o que se quer deixar claro, é que eles não bastam por si para uma argumentação baseada em precedentes.

Ocorre que *ratio decidendi* é outra coisa e nem sempre, como visto, poderá ser extraída de toda decisão judicial, bem como não estará contida na ementa do acórdão ou do enunciado da súmula, pelo menos não no formato atual. Para identificá-la, como já mencionado anteriormente, cabe às partes e ao juiz, analisar as circunstâncias fáticas contidas no relatório da decisão anterior, a interpretação jurídica que foi dada aos dispositivos legais naquele mesmo contexto fático e, por fim, a conclusão a que se chegou.

E mais: denominar uma decisão ou um conjunto reiterado de decisões no mesmo sentido de precedente ou de precedentes, não faz dele ou deles isso que se pretendeu nomear. Na prática dos tribunais brasileiros é recorrente dizer-se, na ementa, e nos votos, que existem “precedentes” que reforçam determinada posição, confundindo, portanto, precedentes com jurisprudência, ou, tratando pelo mesmo nome coisas que são distintas uma da outra.

Além disso, há pelo menos mais quatro equívocos que podem ser destacados em relação ao uso da terminologia errônea: (i) não há precedentes (no plural) sobre o mesmo tema. O que pode haver são decisões que o (no singular) atualizam e o complementam. Se o precedente não mais guardar correspondência com a realidade, deve ser superado por outro (também no singular); (ii) o precedente é elemento que compõe a integridade do direito, não podendo ser reforço argumentativo, na medida em que é um ponto de partida a ser considerado quando da atividade interpretativa; (iii), no Brasil, o que é precedente é indicado pela lei, especificamente, no art. 927 do CPC, e, em nenhuma das hipóteses, se exige mais de uma decisão a formar precedentes (no plural); e (iv) ainda que se esteja diante de uma das hipóteses previstas no art. 927 do CPC é preciso verificar a possibilidade de identificação da *ratio decedendi*.

⁴⁵⁸ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil p. 9 (Revista dos Tribunais Online).

Diante de tudo que foi apontado, muito ainda se tem a melhorar, nem tanto por meio de alteração legislativa, mas por alteração comportamental dos profissionais do Direito. Um novo Código de Processo Civil não gera automaticamente um novo processo civil, mas dá elementos necessários para a construção de um novo processo civil a ser feito na prática. Para tanto, os principais obstáculos que devem ser superados são a morosidade processual, a jurisprudência defensiva e a jurisprudência lotérica, com todas as nuances aqui apresentadas.

Por conta disso, mas não só por isso, como se verá a seguir, os jurisdicionados têm buscado a utilização de outros meios de solução de conflitos, que, em situações específicas, têm se mostrado mais adequados do que o processo estatal para tutelar o direito material.

3.5. MUDANÇA PARADIGMÁTICA: A TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com a clássica definição apresentada por Thomas Kuhn, paradigma “é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de ‘práticas científicas compartilhadas’ que resultam de avanços descontinuados, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas”.⁴⁵⁹

O agir humano é condicionado ao conhecimento produzido no tempo em que se vive. Por isso, não se pode exigir que gerações passadas, marcadas pelo conhecimento possível dentro daquele exato momento histórico, sejam consideradas versões parciais ou incompletas do momento atual. A ciência expressa a realidade do momento, pois a interpretação humana só tem condições de produzir resultados a partir do momento em que eles próprios são construídos. Logo, todo trabalho científico desenvolvido na atualidade há de ser visto como incompleto pelas lentes das gerações situadas no futuro.⁴⁶⁰

Se os escritos de física de Aristóteles forem considerados superficiais por algum cientista da atualidade, este será incapaz de visualizar que, no futuro, outros cientistas também poderão tratar a física contemporânea, inclusive a por ele desenvolvida, do mesmo modo.

Certamente, à vista disso, não se ignora a possibilidade de que as conclusões apresentadas nesta tese poderão ser superadas em curto espaço de tempo, por conta dos avanços científicos ocorridos em todas as áreas do conhecimento, todos a impulsionarem

⁴⁵⁹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 218.

⁴⁶⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**, p. 18.

céleres e constantes transformações sociais. Não se sabe como, mas se sabe que, mais cedo ou mais tarde, haverá nova mudança de paradigma.⁴⁶¹

É imperioso constatar que o processo civil não tem se mostrado insensível às transformações sociais. Ele não é representado por um quadro estático, mas, ao contrário, encontra-se em constante movimento, assim como ocorre com todo o Direito. Cuida-se de uma disciplina do Direito que tem como uma de suas características a maleabilidade, ou seja, a capacidade de adequar-se às necessidades sociais existentes ao seu redor.⁴⁶² Por isso, não se pode ignorar o fenômeno cultural na sua estrutura e funcionalidade.⁴⁶³

Certamente essa maleabilidade presente no processo civil – que é indispensável e bem-vinda – é insuficiente para que se parta para a defesa de uma ressignificação do acesso à justiça, considerada uma mudança paradigmática, pois este não pode ser entendido como o acesso ao Poder Judiciário ou à satisfação integral do direito material só por meio de uma decisão adjudicada do juiz, embora esta via deva permanecer sempre aberta ao cidadão que quiser acessá-la. Inclusive, em determinados casos, certamente, ainda continua a ser a via mais indicada.

O acesso à justiça deve ser ampliado para possibilitar ao cidadão a utilização de diferentes métodos para a solução de conflitos, sejam eles heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado.⁴⁶⁴

Cuida-se da terceira onda renovatória do acesso à justiça apresentada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que consiste na adoção de soluções práticas e de um conjunto amplo de reformas, que deve incidir sobre a advocacia, as instituições e seus mecanismos, as

⁴⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**, p. 18. “Parte da ideia de que os paradigmas sócio-culturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há-de suceder. Esta passagem da morte para a vida não dispõe de pilares firmes para ser percorrida em segurança. O que nasce é incomensurável com o que morre, não havendo, pois, nem ressurreições nem reencarnações. O problema é que não há passagem senão entre pensamentos comensuráveis. Por outro lado, também o contrário do que sucede com os indivíduos, só muitos anos, senão mesmo séculos, depois da morte de um paradigma sócio-cultural, é possível afirmar com segurança que morreu e determinar a data, sempre aproximada, da sua morte. A passagem entre paradigmas – a transição paradigmática – é, assim, semi-cega e semi-invisível. Só pode ser percorrida por um pensamento construído, ele próprio, com economia de pilares e habituado a transformar silêncios, sussurros e ressaltos insignificantes em preciosos sinais de orientação”. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 15.

⁴⁶² OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 44.

⁴⁶³ “[...] não há um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. ‘Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo Direito é socialmente construído e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou’”. CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os Que Nos Julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

⁴⁶⁴ Nesse sentido: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 25.

pessoas e os procedimentos, com a finalidade de evitar ou de solucionar adequadamente as disputas inerentes à sociedade contemporânea, bem como utilizar mecanismos privados ou informais destinados à solução dos litígios.⁴⁶⁵

Atento a isso, o legislador brasileiro das últimas décadas tem dado margem a um processo de desjudicialização, com a edição de leis que possibilitam a resolução de assuntos não litigiosos fora do ambiente judicial. Um exemplo desta desjudicialização é a Lei nº 11.441/2007, que permite a tramitação de divórcios e inventários consensuais em cartórios extrajudiciais, desde que não haja interesse de incapaz e estejam as partes representadas por advogado.

Mas certamente não é só. Além disso, há um resgate de métodos de solução de conflitos não judiciais como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem,⁴⁶⁶ métodos estes há tempos existentes, anteriores ao processo estatal, mas que, no cenário atual, têm ganhado importância prática incontestável.

Como decorrência disso, deve acontecer uma inversão de posições em relação à ordem de preferência de utilização desses métodos, porque o uso do processo judicial, sempre que possível, há de ser subsidiário, seja porque pode haver outro método capaz de tutelar o direito de maneira mais adequada, seja porque ao agir assim busca-se evitar a sobrecarga do sistema judicial, comprometedor tanto da efetividade quanto da celeridade da prestação jurisdicional.⁴⁶⁷

É preciso uma mudança de mentalidade para que primeiro possam ser utilizados os métodos autocompositivos previstos na esfera extrajudicial e depois os métodos adjudicatórios, arbitragem e processo judicial, nessa ordem.⁴⁶⁸

A defesa dessa posição não significa que a jurisdição estatal deva ser entendida como uma espécie de “justiça de segunda classe”. Quer-se apenas sinalizar que, embora não obrigatoriamente por ausência de lei nesse sentido, o processo judicial deva ser residual, sendo utilizado quando os outros métodos tiverem sido insuficientes para a solução do litígio,⁴⁶⁹ ou quando existir previsão legal tornando a via judicial obrigatória.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**, p. 71.

⁴⁶⁶ SANTOS, Luís Ricardo Bykowski; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Mediação e Conciliação nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, Instrumento Para a Solução Alternativa de Litígios e Fortalecimento da Cidadania. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Brasília, v. 3, nº 1, 2017, p. 73-91. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1863/pdf>>. Acesso em: 22.04.2022.

⁴⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016, p. 04 (Revista dos Tribunais Online).

⁴⁶⁸ **Idem, ibidem**, p. 10 (Revista dos Tribunais Online).

⁴⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 108.

A utilização da justiça estatal passa a ser a *ultima ratio*. Do acesso aos tribunais passou-se ao “acesso aos direitos pela via adequada de composição”.⁴⁷¹

Cuida-se de linha de raciocínio que, na feliz expressão de Kazuo Watanabe, representa a substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação.⁴⁷²

Nesse contexto, deve-se enfatizar o denominado sistema multiportas – termo empregado por Frank Sander em 1976 –, que, sem anular o modelo judicial estatal, permite que a parte opte pelo método que melhor se ajuste ao caso concreto, levando em conta critérios como a natureza da disputa, o relacionamento entre as partes, os valores contidos no litígio e os custos.⁴⁷³

O sistema multiportas pode ser entendido como um “complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos”, observando-se que “tal sistema (que pode ser ou não articulado pelo Estado) envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais), com ou sem a participação estatal”.⁴⁷⁴

Portanto, existem várias “portas” que permitem o acesso a um caminho mais atrativo para as partes em litígio e para a tutela dos direitos. É evidente que a ampliação do sistema multiportas permite a redução do volume de serviços prestados pelo Poder Judiciário, mas isso deve ser visto como mera consequência e não como objetivo principal. O que verdadeiramente deve ser buscado pela utilização de um método ou de outro é a solução mais adequada dos conflitos de interesses.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Op. Cit.**, p. 214.

⁴⁷¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Adequada em Litígios Complexos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Coordenação: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 36.

⁴⁷² WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, p. 690.

⁴⁷³ “Segundo o Professor poderia haver, dentro das Cortes ou mesmo fora delas, um mecanismo de “triagem” do conflito, e que tal conflito seria analisado e encaminhado para a porta em que a solução poderia ser encontrada de forma mais satisfatória. Ele não aponta hierarquia entre os métodos (as portas), posto que cada uma das possibilidades apresenta vantagens e desvantagens, mas é exatamente aí que transparece o brilhantismo da sua proposta: essa triagem seria capaz de analisar o litígio e descobrir não a solução definitiva para o mesmo, mas sim o método (simbolizado pela porta) que seria o mais adequado para obter uma solução”. NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. *O Sistema de Multiportas e o Acesso à Justiça no Brasil: Perspectivas a Partir do Novo Código de Processo Civil*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 276, 2018, p. 3 (Revista dos Tribunais Online).

⁴⁷⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2019, p. 72.

⁴⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, p. 690.

Segundo o magistério de José Renato Nalini,⁴⁷⁶ a escolha de qual desses meios mostra-se mais viável à solução de determinada controvérsia deve considerar a análise dos objetivos primordiais, legais e pragmáticos.

Quanto aos objetivos primordiais, a análise deve pautar-se nas seguintes indagações: (i) qual a importância da manutenção do controle do resultado da disputa para as partes? (ii) qual a importância da preservação do relacionamento entre os litigantes? (iii) qual a importância atribuída para a construção de uma ética cidadã e que confira protagonismo às partes envolvidas no conflito?

Em relação aos objetivos legais, as indagações devem ser: (i) o tema controvertido é pacificado na jurisprudência? (ii) há necessidade de se obter tutela provisória, de urgência (cautelar ou satisfativa) ou de evidência? (iii) a produção de provas é decisiva para a resolução do conflito? (iv) qual o grau de probabilidade de vitória no âmbito de um processo judicial?

Por fim, no tocante aos objetivos pragmáticos, a análise deve levar em conta: (i) quais os custos estimados pelos diversificados métodos de solução da controvérsia? (ii) qual o grau de importância da disputa ser resolvida rapidamente? (iii) o sigilo é um fator decisivo para a escolha do método de solução de conflito? (iv) qual a probabilidade de ser realizada alguma espécie de compensação financeira, conforme a opção feita?

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, regulamentou o sistema multiportas na realidade brasileira, e serviu de inspiração para o CPC/2015 dar novo significado ao acesso à justiça, estimulando à autocomposição, ao dispor que “o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º) e que “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”.

A realização da audiência de mediação ou conciliação passou a ser realizada em etapa inaugural no curso do processo, antes do oferecimento de resposta pelo réu (art. 334 do CPC) – salvo quando as partes manifestarem expresse desinteresse na autocomposição ou quando esta não for admitida –, sem prejuízo da possibilidade de ser realizada em outras oportunidades, na medida em que incumbe ao juiz “promover, a qualquer tempo, a

⁴⁷⁶ NALINI, José Renato. *É Urgente Construir Alternativa à Justiça. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Coordenação: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 33.

autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, V, do CPC).

Além disso, mencionou a permissão à arbitragem, na forma da lei (art. 3º, § 1º, do CPC) e com ela estabeleceu relação de deferência e de cooperação.

Nesse ponto é imperioso observar que os métodos autocompositivos de solução de conflitos também têm sido utilizados para que se dê a adequada tutela dos direitos coletivos conforme será doravante analisado.

3.6. A TUTELA COLETIVA PELOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

Apesar de ainda existir certa desconfiança que pesa sobre os meios de soluções consensuais, em razão do apego histórico à ideia de imprescindibilidade da atuação interventiva do Judiciário, a tutela dos direitos coletivos pode ser realizada de forma mais adequada pela utilização de meios autocompositivos do que pelos meios heterocompositivos, a depender das características do caso concreto e dos limites autorizados em lei.⁴⁷⁷

Um exemplo bem sucedido é a utilização do termo de ajustamento de conduta, que foi previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no art. 211 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), sendo posteriormente, ainda no mesmo ano, também previsto no art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) e no art. 5, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), para prever que os órgãos públicos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta, diante de qualquer direito transindividual, mediante cominações.

O termo de ajustamento de conduta constitui título executivo extrajudicial (art. 784, IV, do CPC), mas em duas situações ele poderá ser convertido em título executivo judicial. A primeira, quando for lavrado no curso de uma ação civil pública. A segunda, quando houver a homologação por sentença judicial do termo de ajustamento de conduta formado na esfera extrajudicial.⁴⁷⁸

A necessidade de homologar judicialmente a transação coletiva deve ser compreendida a partir da perspectiva de proteção dispensada ao interesse público presente na

⁴⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. VII, p. 78. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21117>>. Acesso em: 30.04.2022.

⁴⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Op. Cit.**, p. 319.

fiscalização do devido processo legal, devendo o juiz acautelá-lo para não assumir a condição de parte quando da aferição do conteúdo daquilo que foi acordado.⁴⁷⁹

Pretende-se, preservar, portanto, tanto quanto possível, a autonomia privada consubstanciada na negociação, a fim de que não ocorra a indevida substituição da vontade das partes pela vontade do Estado-juíz. O afastamento judicial do acordado, sendo o negócio jurídico existente, válido e eficaz, somente pode ser afastado judicialmente pela aplicação de testes de ponderação, por meio dos quais seja viável atestar a sua justiça, razoabilidade e adequação, tanto na esfera procedimental utilizada pelas partes quanto no conteúdo substancial do acordo firmado.⁴⁸⁰

Embora haja divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do instituto, tem-se por equivocado, com as devidas vênias, o posicionamento de que se trata de um ato unilateral, sem espaço para que as partes interessadas possam transigir sobre os aspectos relacionados ao cumprimento das obrigações pertinentes.⁴⁸¹

Isso porque não é acertado atribuir ao compromitente apenas a possibilidade de aderir ou não à proposta que lhe foi apresentada, de modo que lhe coubesse averiguar a conveniência de amoldar por inteiro ou não o seu comportamento à pretensão do tomador, como se de negócio bilateral não se estivesse a tratar.

Do contrário, se de negócio bilateral não se cuidasse, haveria a deflagração da imposição da vontade de uma parte – representante do direito material pertencente a representados ausentes –, sobre a outra, indicada como responsável pela violação ou ameaça de violação a esse direito. Logo, na prática, ao compromitente seria apresentada uma espécie de minuta de contrato de adesão, da qual lhe caberia apenas aceitar ou recusar.⁴⁸²

Nada mais equivocado, porém, eis que não é legítimo exigir-se do compromitente a renúncia de todo o seu direito ou a uma parte dele, para poder celebrar o termo de ajustamento de conduta, por ser prática contrária à moralidade administrativa e à boa-fé. O pior é que a admissão dessa posição permite que a autocomposição deixe de levar em conta uma posição juridicamente mais favorável ao compromitente, e, em razão disso,

⁴⁷⁹ VENTURI, Elton. A Homologação Judicial dos Acordos Coletivos no Brasil. In: **Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. Coordenação: MOREIRA, António Júdice; NASCIBENI, Asdrubal Franco; BEYRODT, Christiana; TONIN, Maurício Moraes. São Paulo: Almedina, 2020, p. 125.

⁴⁸⁰ **Idem, ibidem**, p. 126.

⁴⁸¹ Para aprofundamento da divergência quanto à natureza jurídica, ver, por todos: NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

⁴⁸² NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SILVA, Juvêncio Borges. Termo de Ajustamento de Conduta: Instrumento Apto Para Transacionar na Solução de Conflitos de Natureza Transindividual? In: **Tutela Coletiva: Aspectos Materiais e Processuais. Estudos em Homenagem ao Professor Sebastião Sérgio da Silveira**. Coordenadores: TEOTÔNIO, Paulo José Freire; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Leme: Imperium, 2022, p. 380.

desconsiderar até mesmo uma tese que provavelmente viria a sagrar-se vencedora com o acolhimento adotado pelo órgão julgador.

Em outro sentido, e de forma mais clara, vale transcrever a aguda observação feita por Eduardo Talamini, “é censurável a eventual postura da Administração de inicialmente resistir ao cumprimento de suas obrigações, embora desde logo sabedora da sua falta de razão, apenas para mais adiante obter uma composição com parcial renúncia a direitos pelo particular”.⁴⁸³

De toda maneira, ao defender-se o entendimento de que o termo de ajustamento de conduta é espécie de negócio jurídico bilateral, não se está a defender que se deva aplicar apenas o regramento do Direito Privado, porque a este deve ser conciliada a principiologia do Direito Administrativo.

Concorda-se inteiramente com os apontamentos feitos por Ana Luiza Nery,⁴⁸⁴ para quem deve respeitar-se a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência e a proporcionalidade, estes princípios que são inerentes à Administração Pública, e, ainda, observar-se os requisitos de existência (agente, objeto, forma e vontade) e validade do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei e vontade livre, consciente e voluntária).⁴⁸⁵

Essa é uma forma de se deixar clara a distinção da transação que se cuida no termo de ajustamento e a transação tratada no art. 840 do Código Civil.

A indisponibilidade do direito transindividual não impede que o conflito seja resolvido pela autocomposição. Primeiramente, pensando na qualidade da tutela a ser prestada ao direito, verifica-se que, sem deixar para trás a observância das fontes do Direito, a negociabilidade pode se mostrar mais viável para a obtenção de resultados úteis e mais vantajosos do que aqueles que seriam ou poderiam ser produzidos por meio de uma decisão

⁴⁸³ TALAMINI, Eduardo. A (In)Disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. ZANETI JR, Hermes; CARBAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 284.

⁴⁸⁴ NERY, Ana Luiza. **Op. Cit.**, p. 135.

⁴⁸⁵ Não houve a inclusão do plano da eficácia no corpo do texto, o que complementaria a construção da Escada Ponteano, porque os seus elementos guardam relação com as consequências do negócio jurídico (condição, termo, encargo, juros, multas, cláusula penal, perdas e danos, resolução, resilição, registro imobiliário e tradição). De acordo com Pontes de Miranda, o negócio jurídico é dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, de forma que a lógica aplicada é a seguinte: “a ‘Escada Ponteano’ indica que o plano seguinte não pode existir sem o anterior. Elucidando, para que o negócio ou o contrato seja eficaz, deve ser existente e válido, em regra. Para ser válido, deve existir”. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 15.

judicial, isso, quando não, a autocomposição apresentar-se como a única opção para que o direito seja tutelado de forma adequada, efetiva e tempestiva.⁴⁸⁶

Em segundo lugar, o espaço transacional situado no termo de ajustamento de conduta não pode se restringir unicamente à verificação de aspectos formais, tal como se fosse o caso de se realizar apenas algo parecido com um juízo de deliberação. Por tratar-se de um negócio jurídico bilateral *sui generis*, as partes podem estabelecer concessões recíprocas para evitar ou solucionar uma controvérsia. Direitos e obrigações podem ser consensualmente atribuídos a todas as partes, com estipulações sobre o modo, o tempo e o lugar do negócio jurídico entabulado.

Pode até ser difícil pensar em uma hipótese em que obrigações venham a recair sobre o tomador e não apenas sobre o compromissário. Mas, ainda assim, elas podem ocorrer, e a maneira mais comum de serem concretizadas é pela estipulação de cláusulas que versem sobre obrigações de não fazer ou pela relativização da aplicação literal da lei.⁴⁸⁷

Um exemplo apresentado por Ana Luiza Nery ajuda a esclarecer o assunto. Imagine uma hipótese em que, no termo de ajustamento de conduta, tenha-se ampliado o prazo para que o compromitente possa se adaptar e cumprir uma exigência legal. Nesse caso, o tomador não poder ajuizar a ação civil pública enquanto o respectivo prazo não tiver exaurido, porque, se assim não fosse, haveria violação à boa-fé objetiva por inobservância à proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*),⁴⁸⁸ ou, até mesmo, sob a ótica processual, ausência de interesse de agir.

Inclusive, pode-se incluir no termo de ajustamento de conduta a aplicação de uma multa pelo descumprimento da obrigação acima apresentada.⁴⁸⁹

Além disso, constata-se que as mudanças pelas quais o sistema de justiça brasileiro tem passado nos últimos anos indica o cabimento da mediação para a resolução de conflitos que tratem de direitos indisponíveis passíveis de transação, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.140/2015.

A probidade administrativa também admite certa margem de negociação, ao permitir a celebração de acordo de não persecução cível (art. 17-B da Lei nº 8.429/1.992 – LIA, com redação dada pela Lei 13.964/2019), tendo, inclusive, previsão específica no art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 quanto aos conflitos envolvendo a Administração Federal:

⁴⁸⁶ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. ZANETI JR, Hermes; CARBAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 416.

⁴⁸⁷ NERY, Ana Luiza. **Op. Cit.**, p. 162.

⁴⁸⁸ **Idem, ibidem**, p. 162-163.

⁴⁸⁹ **Idem, ibidem**, p. 163.

“Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o ‘caput’ dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”.

Portanto, tem-se admitida a possibilidade de acertos consensuais acerca da forma pela qual as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 podem vir a ser aplicadas aos acusados de terem praticado atos de improbidade, estipulando-se regramento sobre o *quantum indenizatório*.⁴⁹⁰

Em sede jurisprudencial, tanto o Supremo Tribunal Federal⁴⁹¹ quanto o Superior Tribunal de Justiça⁴⁹² já reconheceram a validade de acordo sobre direitos indisponíveis.

Na atualidade, as técnicas processuais e os procedimentos derivados da atividade legislativa estatal convivem com os regramentos externados pela autonomia privada, os quais são igualmente um instrumento de produção normativa. “Nesse cenário”, nas palavras de Antonio do Passo Cabral, “as convenções processuais oferecem novos espaços de liberdade, uma passagem de ordem jurídica imposta para uma ordem jurídica negociada”.⁴⁹³

Ao mesmo passo que o sistema jurídico é operacionalmente fechado e autorreferencial, ainda que aberto cognitivamente,⁴⁹⁴ constata-se que o termo de ajustamento

⁴⁹⁰ NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SILVA, Juvêncio Borges. Termo de Ajustamento de Conduta. , p. 383.

⁴⁹¹ “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário 253.885/MG**. Relatora: Min.^a Ellen Gracie, de 21 de julho de 2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>>. Acesso em: 22.04.2022.

⁴⁹² “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao ‘status quo ante’. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 299.400/RJ**. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Relatora para o Acórdão: Min.^a Eliana Calmon, de 02 de agosto de 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100030947&dt_publicacao=02/08/2006>. Acesso em: 22.04.2022.

⁴⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 186-187.

⁴⁹⁴ “A categorização da autopoiesis assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que é relevante e, principalmente, o que é indiferente. Consequentemente, o sistema não está condicionado a responder a todo dado ou estímulo proveniente do meio ambiente. Os sistemas não podem importar nenhuma operação a partir do meio. (...) Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”. LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 112.

de conduta é orientado pela expressão da vontade das partes de acordo com os limites previstos em diversas disposições legais (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, Lei nº 13.140/2015), Código de Processo Civil e Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, dentre outras fontes normativas afins),⁴⁹⁵ que, conforme Ada Pellegrini Grinover, compõem o “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos”.⁴⁹⁶

De acordo com uma análise sistemática, tem-se uma reprodução de ordem autopoietica, marcada pela produção do Direito por meio do próprio Direito,⁴⁹⁷ na esteira o que também é sustentado por Kelsen, ao dizer que o fundamento de validade de uma norma é outra norma, ou, segundo as suas próprias palavras, que “o ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais conectadas entre si com base no princípio de que o direito regula sua própria criação”.⁴⁹⁸

Assim, o termo de ajustamento de conduta detém natureza jurídica de transação, embora *sui generis*, como visto acima, e atua como meio adequado de resolução de conflitos transindividuais, por criar pautas de conduta consensuais que pode melhor atender os interesses das partes. Em suma, o “resultado consensualmente obtido pelas partes constitui a norma reguladora do caso concreto e pode viabilizar a tutela do direito material de um modo mais adequado, tempestivo e efetivo do que seria proporcionado se outro fosse o meio escolhido para solucionar o litígio”.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Ao invés, se deve reconhecer que o sistema normativo processual não é fechado na própria autorreferência normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circunstante. E caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável. Em síntese, o princípio de legalidade da disciplina processual é reafirmado em um contexto cultural profundamente mudado em relação ao oitocentista. Um contexto no qual o intérprete teórico e o operador prático do direito são definitivamente liberados do papel insuficiente de exegeta, para assumir aquele de coprodutor e intermediador de sentido das normas processuais, dentro de um sistema legal que é como “um pulmão aberto à experiência”. CAPONI, Remo. Autonomia Privada e Processo Civil: Os Acordos Processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014, p. 9 (Revista dos Tribunais Online).

⁴⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: Compatibilidade e Incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. jan/mar. 2016, p. 15-36, 2016.

⁴⁹⁷ CAMPILONGO, Celso. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

⁴⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 247; Especificamente: “Os efeitos jurídicos decorrentes do ato de autonomia privada são sempre efeitos jurídicos legais, na medida em que a autonomia privada só tem eficácia jurídica quando amparada pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico se limita, todavia, a atribuir eficácia jurídica à auto-regulamentação na medida que a reconhece e, por isso, se pode falar em efeitos jurídicos da autonomia privada. Estas consequências jurídicas podem ser advindas somente da lei, em face de uma prévia valoração dos atos relacionais particulares pelo legislador (consequências jurídicas legais) ou em virtude da auto-regulamentação dos particulares, as quais devem ser outorgadas pelo ordenamento jurídico para produzirem efeitos válidos”. CABRAL, Érico Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, 2004, p. 9 (Revista dos Tribunais Online).

⁴⁹⁹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SILVA, Juvêncio Borges. Termo de Ajustamento de Conduta, p. 386.

3.7. A TUTELA COLETIVA PELA ARBITRAGEM

Esclarece-se, para efeitos didáticos, que a tutela coletiva pela arbitragem, as formas de participação e o controle da representatividade adequada, serão os assuntos especialmente tratados no próximo capítulo.

4. A ARBITRAGEM COLETIVA E AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO

4.1. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Antes de tratar da arbitragem coletiva, torna-se necessário tecer alguns apontamentos gerais, porém indispensáveis, sobre a arbitragem tradicional, que versa sobre direitos patrimoniais individuais.

A arbitragem é um método privado e heterocompositivo de solução de conflito, cuja origem é tão remota quanto à própria humanidade.⁵⁰⁰

Cahali se reporta a um dos momentos mais marcantes da Mitologia grega para apontar a ocorrência de uma arbitragem, contida na célebre *Ilíada*, de Homero, quando Zeus nomeou o príncipe troiano Páris como árbitro para decidir qual das Deusas mereceria “o pomo de ouro da mais bela”. Entre Hera, Atena e Afrodite, Páris decidiu por esta última, convencido de que ganharia o amor da mulher mais bela do mundo, ganhando assim a sua proteção, e, de outro lado, o ódio das outras deusas despejados não apenas contra si, mas também contra toda Troia.⁵⁰¹

Como os conflitos são inerentes à natureza humana, tem-se como lógico que, na Antiguidade, num cenário pré-estatal, os litigantes desenvolveram métodos pacíficos e racionais para solucioná-los, como a arbitragem, atribuindo a um terceiro imparcial a autoridade para proferir um julgamento justo e definitivo.

A partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, os conflitos de interesse tornaram-se inevitáveis e, por conta disso, foram surgindo alguns meios para solucioná-los, como, inicialmente, a autotutela e a autocomposição. Entretanto, aos poucos, os indivíduos passaram a ver a insuficiência desses meios e começaram a preferir a adoção de um método de solução imparcial com a nomeação consensual por parte dos litigantes de um árbitro – geralmente um sacerdote ou um ancião –, a quem incumbia a função de proferir uma decisão adjudicatória em substituição à vontade das partes. A atuação do árbitro era pautada nos termos da convenção e a sua decisão baseava-se nos costumes, de forma que é possível concluir que a figura do árbitro surgiu antes que a do legislador.⁵⁰²

⁵⁰⁰ CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 12.

⁵⁰¹ **Idem, ibidem**, p. 12.

⁵⁰² CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.**, p. 42-43.

No Brasil, a doutrina⁵⁰³ destaca que as primeiras menções à arbitragem remontam-se às Ordenações Filipinas, no Livro III, Título XVI, de 1603.⁵⁰⁴

Após a declaração de independência do Brasil, a Constituição de 1824 cuidou da arbitragem no art. 160, ao dispor que, nas causas cíveis e penais “intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.⁵⁰⁵

Em 1850, o Código Comercial determinava o uso obrigatório da arbitragem para determinadas matérias,⁵⁰⁶ como nos casos de “conflitos decorrentes de contratos de locação mercantil, bem como em matérias societárias, especialmente na liquidação de sociedades e quebras, e também em casos relativos a transporte marítimo, de naufrágios e avarias”.⁵⁰⁷

O Regulamento nº 737, também de 1850, previa a arbitragem de forma bastante exaustiva. Eram 65 artigos no total.⁵⁰⁸ De acordo com o *caput* do art. 411, “o Juízo arbitral ou é voluntario ou necessário”, dispondo o § 1º que seria voluntário “quando instituído por compromisso das partes”, ao passo que o § 2º asseverava que seria necessário “nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Codigo Commercial, e em todos os mais, em que esta fôrma de Juizo é pelo mesmo Codigo determinada”.⁵⁰⁹

À luz dos arts. 37, segunda parte,⁵¹⁰ e 474, *caput* e § 5º do Regulamento nº 735, era possível extrair que a sentença arbitral deveria ser homologada judicialmente e que também seria passível de recurso perante o Poder Judiciário.⁵¹¹

⁵⁰³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 19.

⁵⁰⁴ “Posto que as partes comprometam em algum Juiz, ou Juizes árbitros, e se obriguem no compromisso star por sua determinação e sentença, e que della não possam apellar, nem aggravar, e que o contrario fique pague a outra parte certa pena. e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não paga, fique sempre a sentença dos árbitros firme e valiosa; poderá a parte, que se sentir agravada, sem embargo de tudo isto, apelar de sua sentença para os superiores, sem pagar a dita pena; e se os arbitros lhe denegarem a apelação, façam-lha dar os Juizes ordinários[...]”. BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Livro III. Título XVI. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p578.htm>>. Acesso em 21.05.2022.

⁵⁰⁵ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

⁵⁰⁶ “Art. 245. Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral”; “Art. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”; “Art. 667, 11. A apólice de seguros deve ser assinada pelos seguradores, e conter: declaração de que as partes se sujeitam à decisão arbitral, quando haja contestação, se elas assim o acordarem”. BRASIL. **Código Comercial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

⁵⁰⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 23.

⁵⁰⁸ **Idem, ibidem**, p. 23.

⁵⁰⁹ BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

⁵¹⁰ “Art. 37, segunda parte. O Juiz como arbitro dará sobre elle sentença, que, depois de homologada, será pelo Juiz competente executada, com recurso ou sem elle, si assim o convencionarem as partes”; “Art. 474, *caput* e § 5º. Compete ao Juiz do feito ainda depois de devolvidos os autos ao Juizo arbitral, e a outro qualquer Juiz de

O Código Civil de 1916 tratou do compromisso arbitral nos arts. 1037 a 1048, qualificando a cláusula compromissória como promessa de contratar, e, por isso, diante da recusa de uma das partes que o subscreveram, só restava à outra a possibilidade de pleitear judicialmente uma indenização pelo inadimplemento da obrigação contida nessa espécie de pré-contrato.⁵¹²

Além disso, o Código Civil de 1916 também previa, no art. 1045, a regra de que a sentença arbitral somente poderia ser executada após ser homologada pelo Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 1939, que unificou a legislação processual estadual até então vigente, cuidou do juízo arbitral nos arts. 1031 a 1046. Manteve-se intacto o entendimento de que a sentença arbitral dependia da prévia homologação pelo juízo competente para poder ser executada, bem como asseverou que era admissível a interposição do recurso de apelação contra a sentença que homologar ou não a decisão arbitral, de acordo com o art. 1045, *caput*.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, houve significativos avanços na técnica processual utilizada, mas, em relação à arbitragem, embora tenha sistematizado melhor o assunto como um todo nos arts. 1072 a 1102, o art. 1098 ainda apregoava que era competente para a homologação do laudo arbitral o juízo estatal que detinha a competência para realizar o julgamento da causa.

Durante todo esse período de tempo, o uso da arbitragem no Brasil foi bem contido. Havia um bloqueio cultural que dificultava a sua aceitação e a sociedade brasileira a tratava como um instituto “exótico”.⁵¹³ A sua potencialidade foi represada por conta de dois obstáculos que insistiam em se manter firmes na legislação aplicável à temática: (i) a ausência de regulamentação da cláusula compromissória; (ii) a exigência de homologação pelo Poder Judiciário do laudo arbitral.⁵¹⁴

Direito do Commercio (art. 6º), si a causa tiver logo começado no Juizo arbitral: Homologar e executar as sentenças arbitraes, nos termos dos arts. 465 e 466”. BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

⁵¹¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 21.

⁵¹² SESTER, Peter Christian. **Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 34-35.

⁵¹³ WALD, Arnoldo. O reconhecimento da Constitucionalidade da Lei de Arbitragem Pelo STF. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 302.

⁵¹⁴ “Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição do nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

Fortalecendo esses obstáculos existia ainda forte resistência à arbitragem por parte de alguns doutrinadores – na maioria, processualistas – dotados de grande influência junto à comunidade jurídica. A crítica mais aguda acerca de considerada ausência de legitimidade da arbitragem como meio de solução de conflito adveio de um dos mais notáveis processualistas brasileiros de todos os tempos: Pontes de Miranda.⁵¹⁵

A Constituição Federal de 1988 foi econômica no tratamento dispensado à arbitragem, só o fazendo expressamente no art. 114, § 1º, em relação à competência da Justiça do Trabalho, ao dizer que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Implicitamente, porém, pode-se encontrar respaldo do texto constitucional à arbitragem pela leitura do art. 4º, VII, ao dispor que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: solução pacífica dos conflitos”.

Com o olhar voltado às rápidas e constantes transformações socioeconômicas e as necessidades de serem aperfeiçoados meios de solução decorrentes desse cenário que se desenhava mais intensamente, foi desenvolvida a denominada *Operação Arbiter*, nascida por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, do qual tinha à frente Petrônio Muniz, no final de 1991, após três anteprojetos apresentados na década de oitenta (em 1981, 1986 e 1988) não terem obtido sucesso.

O grupo de trabalho do Anteprojeto foi composto por Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins, que tiveram como fonte de inspiração a Lei de Arbitragem Espanhola, de 1988, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial, de 1985, a Convenção de Nova York (CNY), de 1958, e a Convenção Interamericana Comercial Internacional (Convenção do Panamá), de 1975.⁵¹⁶

Para Peter Sester, foi acertado ter adotado a Lei de Arbitragem espanhola como ponto de partida, por três razões: (i) o legislador espanhol foi o primeiro a seguir a Lei Modelo da UNCITRAL; (ii) Brasil e Espanha fazem parte do sistema de *Civil Law*, com muitas semelhanças situadas no Direito Civil e Direito Processual Civil; e (iii) por existir um paralelo na história recente dos dois países, que após o término de longo período de ditadura

⁵¹⁵ “O juízo arbitral é juízo primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os ‘anarquistas’ de esquerda e os de alto capitalismo. Muitas vezes, simples expediente para obrigar a outra parte a aceitar justiça extra-estatal e impor aos titulares (mais fracos) das pretensões de direito material outro direito que realmente incidiu e regeu o caso. É arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um)”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo XV, 1977, p. 344.

⁵¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 11.

militar, cada qual, após onze anos de redemocratização, editaram suas leis sobre a arbitragem, respectivamente em 1988 e em 1996.⁵¹⁷

O Anteprojeto foi apresentado ao Senado Federal, em junho de 1992, pelo Senador Marco Maciel, tendo o Projeto de Lei sido registrado sob o nº 78/1992. Após a aprovação nesta Casa, no ano de 1993, o Projeto de Lei seguiu para a Câmara dos Deputados, que o aprovou, com alterações, em junho de 1996. O texto alterado retornou ao Senado Federal, que o aprovou irrestritamente. Na sequência do processo legislativo, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, fazendo-a ser publicada no Diário Oficial de 24.9.1996.

Logo após a promulgação da Lei nº 9.307/1996, houve a suscitação do controle incidental de constitucionalidade no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 – Reino da Espanha, o que causou inquietação e insegurança perante os meios jurídicos e empresariais nacionais e estrangeiros a respeito da regulamentação deste método privado de solução de controvérsias, o que foi agravado ainda pela demora no julgamento, que perdurou por cinco anos, de 1996 a 2001.⁵¹⁸

As principais questões suscitadas referiam-se à cláusula compromissória, em especial ao conteúdo previsto nos art. 6º e 7º, que preveem a possibilidade de cumprimento forçado e específico da obrigação relativa à constituição do juízo arbitral, bem como quanto ao efeito negativo da cláusula compromissória, consistente na renúncia de levar os litígios nela previstos à apreciação do Poder Judiciário (arts. 41 e 42), pela suposta violação à inafastabilidade da jurisdição, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/1988, que assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão ocorrida no dia 12.12.2001, decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, por seis votos (Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Carlos Velloso) contra quatro (Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Neri da Silveira e Sidney Sanches) dos Ministros.

⁵¹⁷ “A Lei de Arbitragem Espanhola de 1988 entrou em vigor cerca de uma década depois que a Espanha se libertou, em 1977, de uma ditadura militar iniciada nos anos 1930, com a Guerra Civil. A lei editada em 1988 subtraiu a Lei de Arbitragem de 1953 – elaborada pelo regime militar do ditador Franco –, que era completamente inútil. No Brasil, podemos observar uma sequência similar de eventos no desenvolvimento da arbitragem. A atual Lei de Arbitragem entrou em vigor em 1996; como na Espanha, exatamente 11 anos após a redemocratização do Brasil, em 1985. A Lei de Arbitragem revogou partes do Código de Processo Civil de 1973 – adotado durante a ditadura militar – cujos artigos eram uma barreira desastrosa ao desenvolvimento a arbitragem. Os paralelos entre a Espanha e o Brasil são mais do que uma coincidência histórica. O fundamento da arbitragem comercial é a autonomia privada; portanto, ela só floresce em um ambiente sócio-político permeado por um pensamento liberal que respeite a autonomia e a iniciativa privadas no médio e longo prazo. Assim, a arbitragem tem sucesso apenas nos países da América Latina onde existem essas condições (e.g. Chile, ao contrário da Argentina)”. SESTER, Peter Christian. **Op. Cit.**, p. 40.

⁵¹⁸ WALD, Arnaldo. **Op. Cit.**, p. 302.

Vingou, ao final, a tese de que as partes, consensualmente, podem instituir um juízo arbitral para solucionar um conflito determinado e mencionado na cláusula compromissória, sendo vedada, apenas, a renúncia ao Poder Judiciário a conflitos não determinados, e não a conflitos determináveis relacionados ao contrato.

Também foi rechaçado o entendimento de violação à inafastabilidade da jurisdição. A garantia de acesso ao Judiciário, por meio do exercício do direito de ação, não significa que as partes capazes, por meio de convenção envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, não possam se valer da arbitragem para solucionarem as controvérsias.

O direito de ação judicial é uma faculdade, não uma imposição, um dever, de forma que, sob esse prisma, prestigia-se a autonomia privada, de um lado, e permite que ocorra o controle judicial da sentença arbitral, por meio de ação anulatória (art. 32) ou de – à época do julgamento – embargos à execução (art. 741) – hoje impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525).

Por fim, entendeu-se que a homologação da sentença arbitral estrangeira, a partir do art. 35 da Lei nº 9.307/1996, não mais carece de prévia homologação judicial no país de origem. Com isso, possibilitou-se ao STF à época – e hoje STJ, por conta da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a homologação direta da sentença arbitral estrangeira sem que antes precisasse ser convertida em sentença judicial no país sede.⁵¹⁹

Essa decisão, reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, foi decisiva para a ocorrência de uma mudança de rumos acerca da aceitação e utilização da arbitragem. Ao ter afastado a suspeita de inconstitucionalidade da lei, conferiu, enfim, a segurança jurídica que era por todos esperada e, a partir desse momento, “a cultura arbitral experimentou grande progresso e hoje pode considerar-se definitiva e inarredavelmente implantada no Brasil”.⁵²⁰

Depois disso, o controle judicial da sentença arbitral sempre se pautou pela análise de um juízo formal, sem adentrar no mérito decisório. Nesse ponto, o comportamento do Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado exemplar, sendo considerada uma verdadeira Corte “amiga da arbitragem” (*arbitration friendly*), por fortalecê-la e levar segurança aos

⁵¹⁹ Ver: NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SCARDOELLI, Dimas, Yamada. Agronegócio Transnacional e Arbitragem Internacional: Reflexões Sobre a Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1049, 2023, p. 63-86.

⁵²⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, 2016, p. 7 (Revista dos Tribunais Online).

árbitros e às partes, sendo a sua jurisprudência, “a um só tempo, consistente e encorajadora da utilização dessa forma de solução de litígios”⁵²¹.

Ao comportar-se desse modo, ao fortalecer a arbitragem,⁵²² o Poder Judiciário fortalece-se a si próprio, porque a existência de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, potencializa a previsibilidade, na medida em que “uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana consolidada solapa a estabilidade dos negócios e depõe contra o prestígio dos tribunais”⁵²³.

Outras leis posteriores à Lei de Arbitragem foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, sempre com o propósito de aperfeiçoamento contínuo à luz das novas exigências da realidade socioeconômica. Sem a pretensão de ser exaustivo, merecem destaque as seguintes leis: o Decreto nº 4.311/2002, que promulgou a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentença Estrangeira (Convenção de Nova York); a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil); a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil); e a Lei nº 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem).

Logo, a mudança ocorrida no ambiente cultural brasileiro ao longo dos anos autoriza a dizer que a arbitragem já assumiu uma posição de preponderância dentre os meios de solução de conflitos em relação aos conflitos que podem a ela ser submetidos.

4.2. O CONSENSO COMO PREMISSA FUNDAMENTAL DA ARBITRAGEM

A arbitragem é um método privado de solução de conflitos que nasce do consenso. “Estabelece-se com isso um ‘consenso quanto ao dissenso’: discorda-se quanto ao mérito litigioso, mas concorda-se quanto à instância mais adequada para resolvê-lo”⁵²⁴. A autonomia privada é seu ponto nodal,⁵²⁵ não se confundindo com a autonomia da vontade.

⁵²¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. O papel decisivo do STJ para o progresso da arbitragem no Brasil. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 315.

⁵²² “O fortalecimento do instituto da arbitragem, que as gerações atuais presenciam, figura como um parcial retorno às origens, quando as instituições políticas das Nações não dispunham de vigor suficiente para impor a solução dos conflitos entre as pessoas, sequer havendo clima para o exercício imperativo das funções de julgar e impor decisões. Nas origens, desde quando banida a autotutela a solução dos conflitos passou a ser encargo de árbitros, não de magistrados. Esse dado mostra que naquele período da história das instituições judiciárias a arbitragem, longe de ser uma via alternativa de solução de litígios, era o caminho a ser ordinariamente seguido, sendo muito restrito o âmbito da jurisdição exercida pelos pretores romanos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33-34.

⁵²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Superior Tribunal de Justiça Privilegia a Arbitragem. In: **Questões Polêmicas do Processo Arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 55.

⁵²⁴ OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 121.

⁵²⁵ Neste plano, desenvolve-se e manifesta-se precipuamente a autonomia privada, tida como um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares para que estabeleçam regras próprias para melhor

Enquanto esta tem seu núcleo fundado no querer, àquela denota a existência de uma fonte de poder normativo que gera a autorregulamentação de interesses privados.⁵²⁶

Além disso, a autonomia da vontade “tem uma conotação subjetiva, psicológica”, enquanto que a autonomia privada “exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real”. Com efeito, a autonomia da vontade é tratada como a causa do ato jurídico (art. 185 do CC) e a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (art. 104 do CC), sendo assim fonte principal de obrigações, que projeta a “concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada”.⁵²⁷

É a autonomia privada quem dá o suporte necessário para a estruturação e desenvolvimento da arbitragem, porque, por meio dela, as partes têm a condição de possibilidade de criarem as regras que nortearão o processo arbitral de acordo com os seus interesses e necessidades, determinando os efeitos que pretendem gerar.⁵²⁸ “É exatamente essa base consensual da arbitragem que a torna menos disruptiva da relação entre as partes, propiciando facilidades para o prosseguimento do relacionamento entre elas, bem como para o cumprimento voluntário da decisão”.⁵²⁹

São dois os aspectos pelos quais a autonomia privada é verificada na arbitragem: (i) pela liberdade relativa à escolha ou não da via arbitral como alternativa aos outros meios de solução de conflitos, sobretudo o processo judicial; (ii) pela opção do formato da arbitragem, com decisões conjuntas a respeito da escolha do árbitro, do procedimento e do

otimizar suas atividades. Este poder de regramento concedido aos privados pelo ordenamento jurídico - autonomia privada - encontra no negócio jurídico o instrumento prático de sua manifestação. Por isso que se diz na doutrina que o negócio jurídico é a expressão da autonomia privada”. CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, 2004, p. 7 (Revista dos Tribunais Online); A autonomia privada “será tanto mais prestigiada, no âmbito da arbitragem voluntária, quanto maior for a liberdade conferida aos litigantes para a regulação e a disciplina de todo o procedimento e do direito aplicável. Em termos mínimos, as partes devem, ao menos, ter liberdade quanto à escolha da própria arbitragem como técnica compositiva, quanto à delimitação do objeto a ser decidido e quanto à nomeação dos árbitros. De modo complementar, também é possível permitir que as partes decidam livremente sobre o direito aplicável, as regras do procedimento, o prazo para a prolação da sentença, o local e o idioma da arbitragem, o modo de divisão das despesas, tal como ocorre na lei brasileira”. ALVES, Rafael Francisco. A Imparcialidade do Árbitro no Direito Brasileiro: Autonomia Privada ou Devido Processo Legal? **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, 2005, p. 4 (Revista dos Tribunais Online).

⁵²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 248.

⁵²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 131.

⁵²⁸ “A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”. PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 13.

⁵²⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Introdução à Arbitragem. In: **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de Método Adequado de Solução de Controvérsias**. Coordenadores: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Lopes da. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 265.

critério de julgamento, definindo, quanto a esse ponto, qual o direito a ser aplicado, se o julgamento será por equidade ou se o árbitro poderá decidir a controvérsia com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.⁵³⁰

Contudo, por mais fundamental que seja a autonomia privada na arbitragem, não podem as partes convencionar situação que venha a caracterizar ofensa à matéria de ordem pública ou que acarrete nulidade passível de ação anulatória.⁵³¹ A proteção da confiança, a boa-fé objetiva e a função social do contrato também exercem importante papel na leitura da autonomia privada, representando limites que não podem ser ultrapassados, pois visam calibrá-la a ponto de expurgar situações abusivas e atingir o equilíbrio contratual.⁵³²

A intensidade desses princípios dependerá da natureza da área contratual que estiver em análise, com vistas à simetria de posições dos contratantes. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, os “contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças”.⁵³³

No caso de partes provenientes de diferentes sistemas jurídicos e com especificidades processuais,⁵³⁴ a arbitragem pode convergir para a construção de um regramento que possa aparar as arestas, gerar consensos e atribuir maior segurança jurídica, sendo os poderes do árbitro modulados no momento da contratação.⁵³⁵

⁵³⁰ MESSA, Ana Flávia; ROVAI, Armando Luiz. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 157.

⁵³¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 68.

⁵³² “É por esta razão que no vasto campo dos negócios jurídicos – bem como o dos atos pré ou pós negociais –, os princípios da autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade estão sempre em ‘interdependência escalonada’. Traduz-se, nessa interdependência, um aspecto da díade autonomia/heteronomia: os particulares se dão normas (autonomia), mas (i) assumem a responsabilidade por seus atos, nos limites predispostos pela ordem jurídica (autorresponsabilidade); e (ii) o ‘dar-se as próprias normas’ é conformato pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente suscitadas no ‘alter’, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada)”. MARTINS-COSTA, Judith. **Op. Cit.**, p. 249.

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 936.741/GO**. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, de 03 de novembro de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700658526&dt_publicacao=08/03/2012>. Acesso em: 30.05.2022. Nesse sentido é o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial, ao asseverar que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”. BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Comercial**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 12.06.2022.

⁵³⁴ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 54.

⁵³⁵ “Admite-se que o árbitro tenha seus poderes processuais modulados pelas partes no momento da contratação: se aceitar o encargo, obriga-se a fazê-lo segundo as condições impostas pelas partes, desde que, obviamente, sejam respeitados os limites do devido processo nos termos do art. 21, § 2º, da LArb. A modulação ocorre, na prática, mesmo após a celebração do contrato de investidura, quando partes, árbitro ou instituição arbitral

A autonomia privada representa um espaço de atuação que é deixado pelo ordenamento jurídico às partes, a fim de que elas atuem a sua vontade almejando atingir um determinado fim.⁵³⁶ Só o Direito, em sua integridade, pode restringir o âmbito de atuação da autonomia privada e é indispensável que assim o seja, porque, do contrário, resultados os mais absurdos poderiam ser produzidos, caracterizando um tipo de “promiscuidade procedimental”.⁵³⁷

Do próprio conceito de arbitragem se vê claramente expressada a existência do consenso. Isso porque, segundo Carlos Alberto Carmona, a arbitragem ocorre “através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.⁵³⁸

Embora tenha origem contratual, a sua natureza jurídica é jurisdicional, devendo o procedimento guardar respeito ao devido processo legal. Os árbitros, tal como os magistrados, prestam jurisdição com a finalidade de solucionar o caso concreto. As diferenças entre esses julgadores decorrem de duas constatações: (i) enquanto o árbitro é consensualmente escolhido pelas partes e do contrato surgem os poderes que podem ser exercidos no curso do procedimento, o magistrado só será considerado competente para processar e julgar a demanda após a ocorrência do fato, de acordo com as regras previamente estabelecidas na lei, sob pena de violação do princípio do juiz natural; (ii) os órgãos pelos quais árbitro e magistrado atuam são distintos, o primeiro é privado e o segundo é estatal.⁵³⁹

Sendo o árbitro juiz de fato e de direito (art. 18 da LArb) e a sentença por ele proferida apta o suficiente para produzir os mesmos efeitos da sentença estatal sem que haja necessidade de homologação judicial, por ser considerada título executivo judicial (art. 31 da

subscvem ‘termo de arbitragem’, que regula, entre outros temas, faculdades e poderes processuais dos subscritores. Evidentemente, as minúcias daquilo que as partes podem regular, bem como daquilo que não lhes é permitido, encontram-se disciplinadas nos regulamentos das instituições que se dedicam à arbitragem ou em ‘soft law’. Eis aí a flexibilidade do procedimento arbitral e os limites para o seu exercício”. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O Árbitro. In: **Curso de Arbitragem**. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.126.

⁵³⁶ ARRUDA ALVIM. Jurisdição Estatal, Arbitragem e Autonomia Privada. In: **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ**. Organizadores: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 55.

⁵³⁷ GAJARDONI, Fernando da. Flexibilidade Procedimental (Um Novo Enfoque Para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual). **Tese de Doutorado em Direito**, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 172. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf>. Acesso em? 12.06.2022.

⁵³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 30.

⁵³⁹ FIGUEIRA JR., Joel. **Arbitragem**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 119.

LArb; e art. 515, VII, CPC), mostra-se correta a tese da jurisdicionalidade da arbitragem,⁵⁴⁰ que vai ao encontro, inclusive, com a atual tendência de ressignificação do acesso à justiça, conforme tratado m passagem anterior.

Porém, o árbitro não detém poder de *imperium*,⁵⁴¹ na medida em que não existe previsão legal autorizando o árbitro a valer-se do uso da força para fazer cumprir as suas decisões, sendo os seus poderes mais limitados do que aqueles conferidos ao juiz togado, sob a ótica de uma análise comparativa.⁵⁴²

É por isso, por exemplo, que o cumprimento forçado da sentença arbitral condenatória não pode ser tratado como uma fase do processo arbitral. Não é permitido o sincretismo processual na arbitragem, com uma fase de conhecimento e outra de execução. A via executiva deverá ser obrigatoriamente percorrida na esfera judicial.

Não obstante ser essa a regra vigente – o árbitro não possui poder de *imperium* e, por via de consequência, não pode praticar atos executórios –, importa abrir um importante parêntesis para fazer o registro de que está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 6.204/2019, que cuida desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial.⁵⁴³

Como o conceito de jurisdição tem sido modificado ao longo dos anos, inclusive para aceitá-lo, majoritariamente, como passível de ser verificado em meios dissociados do Poder Judiciário, o legislador tem a faculdade de criar leis que atribuam a terceiros privados a

⁵⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 26; “Durante algum tempo pensei em uma natureza parajurisdicional das funções do árbitro, o que afirmei em mais de um escrito. Hoje não mais vejo razão para ficar assim a meio caminho. O árbitro exercita sim uma atividade parajurisdicional, ou seja, algo um pouco aquém da própria jurisdição, quando a eficácia de seu laudo dependia da homologação pelo Estado-juiz sendo também assim, ‘mutatis mutandis’, a posição do juiz leigo que atua nos juizados especiais (Const., art. 93, inc. I, - LJE, arts. 7º, 23, 37, 40). Eliminada a necessidade de homologação e, portanto, sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, p. 41.

⁵⁴¹ “Ao outorgar força executória a ato jurisdicional, o juiz – como, aliás, qualquer titular do ‘imperium’ – não diz o direito; dita comando cuja legitimidade decorre do poder a ele conferido pela lei. A força executória decorre do ‘imperium merum’ (esse ‘imperium’ em estado puro cuja titularidade jamais caberá ao árbitro). Tal limitação do árbitro fundamenta a necessária participação judicial na execução compulsória das sentenças arbitrais – uma regra em relação à qual não cabe exceção. Decerto, existem casos de arbitragens compulsórias em que as decisões delas decorrentes dispensam ‘exequatur’. Tal fato, contudo, apenas corrobora a ideia de que arbitragem compulsória não é arbitragem; é tribunal de exceção”. JARROSON, Charles. Reflexões Sobre o *Imperium*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 27, Jul-Set/2010, p. 223.

⁵⁴² FIGUEIRA JR., Joel. **Op. Cit.**, p. 121.

⁵⁴³ “[...] se o legislador pode desjudicializar a própria resolução de conflitos, com mais razão pode fazê-lo em relação ao procedimento executivo, cuja maioria dos atos sequer possui natureza tipicamente jurisdicional. Diga-se que os atos executivos já são praticados pelo oficial de Justiça (penhora), pelo avaliador judicial (avaliação) e pelo leiloeiro público (leilão judicial), sob o controle do juiz”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ARAÚJO, Luciano Vianna; DOTTI, Rogéria Fagundes. Desjudicialização da Execução Civil: A Quem Atribuir as Funções de Agente de Execução? **Consultor Jurídico**, 10.12.2020. Disponível em: <www.conjur.com.br/2020-dez-10/opiniao-desjudicializacao-execucao-civil>. Acesso em 29.05.2022.

possibilidade de realizarem atos de execução civil, ficando resguardado, porém, o exercício do controle judicial de tais atos.

Há, na doutrina, até quem sustente a posição de que o árbitro pode dar cumprimento às suas decisões, mesmo sem modificações normativas, embora as reconheça recomendáveis, uma vez que nem sempre a realização prática das decisões arbitrais reclama atos de *imperium*, bastando, para tanto, que haja convenção expressa entre os árbitros e as partes nesse sentido.⁵⁴⁴

Fechado o parêntesis sobre a desjudicialização da execução civil, saliente-se que os elementos essenciais sobre a arbitralidade estão presentes no art. 1º, *caput*, da LArb: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Não são todos os conflitos que podem ser submetidos à arbitragem. Existem certos limites jurídicos subjetivos e objetivos, que, se não atendidos, impedirão a utilização deste meio de solução de controvérsia, remetendo os litigantes às vias da jurisdição estatal. Com efeito, a arbitralidade é tratada como um requisito de validade da convenção de arbitragem.⁵⁴⁵

Daí se extrai que a arbitralidade, uma vez caracterizada, possibilita a submissão de um conflito à arbitragem, estabelecendo, basicamente, quem pode figurar como parte (arbitralidade subjetiva) e qual matéria por ser tratada (arbitralidade objetiva) no procedimento arbitral.⁵⁴⁶

Assim, pode-se afirmar que “a arbitralidade consubstancia um verdadeiro limite material à autonomia privada das partes, restringindo a celebração de convenções de arbitragem. Inexistindo arbitralidade, inexistirá jurisdição do tribunal arbitral”.⁵⁴⁷

A primeira esfera de arbitralidade, a subjetiva, diz respeito à capacidade negocial, ou seja, à capacidade de contratar. Se a incapacidade for absoluta, o negócio jurídico será nulo, e caso a incapacidade seja relativa, a hipótese de anulabilidade (art. 4º do CC).

Como o art.1º, *caput*, da LArb, prevê expressamente “pessoas capazes” como exigência necessária a ser observada para a participação em procedimentos arbitrais, cuja regra também pode ser extraída do art. 851 do CC, e “como o objetivo desse pré-requisito é o

⁵⁴⁴ NASCIMBENI, Asdrubal Franco. A Importância da Arbitragem na Atual Tendência à Desjudicialização dos Conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 70, jul./set. 2021, p. 6 (Revista dos Tribunais Online).

⁵⁴⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 31.

⁵⁴⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 219.

⁵⁴⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 96.

de garantir a segurança do procedimento arbitral, a norma deve ser interpretada no sentido da ‘plena capacidade e contratar’”, a conclusão a que se deve chegar, respeitadas as posições em contrário, é no sentido de que “a incapacidade relativa leva ao não preenchimento do pré-requisito estabelecido no art. 1º da Lei de Arbitragem”.⁵⁴⁸

Não se pode confundir a capacidade de direito, consistente na aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, com a capacidade de fato, que versa sobre a aptidão de exercer direitos por si mesmo,⁵⁴⁹ independentemente de representação, e é esta última que guarda relação com a arbitragem.

Os entes despersonalizados, por lhes faltar personalidade jurídica, e, assim, capacidade de contratar, não podem, em linha de princípio, celebrarem convenção de arbitragem, salvo quando, em caráter excepcional houver permissão na forma da lei, como ocorre em relação ao condomínio edilício, à massa falida e ao espólio. A validade da convenção de arbitragem depende de autorizações e representações dotadas de especificidades: (i) o condomínio edilício deve ser representado pelo síndico e depende de autorização da assembleia condominial; (ii) a atuação do administrador da massa falida precisa de autorização judicial; e (iii) o espólio deve estar representado pelo inventariante e haver autorização judicial.⁵⁵⁰

São as pessoas jurídicas de direito privado que mais utilizam a arbitragem, especialmente diante de contratos complexos e de valor econômico mais elevado,⁵⁵¹ mas, com o surgimento da Lei nº 13.129/2015, houve o reconhecimento no direito objetivo de que a Administração Pública, direta ou indireta, também pode valer-se da arbitragem para dirimir conflitos atinentes a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, da LArb), considerando que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta é a mesma para a realização e acordos e transações” (art. 1º, § 2º, da LArb).

⁵⁴⁸ SESTER, Peter Christian. **Op. Cit.**, p. 97. Nesse sentido: “Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral”. CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 37. Em sentido contrário: “Em nosso ponto de vista, pessoas incapazes podem celebrar convenção de arbitragem, desde que, além de representadas ou assistidas, o objeto da arbitragem possua natureza patrimonial e esteja abrangido pelos poderes de administração atribuídos aos representantes legais”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 236.

⁵⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

⁵⁵⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op. Cit.**, p. 31.

⁵⁵¹ FIGUEIRA JR., Joel. **Op. Cit.**, p. 140.

De outro giro, a arbitralidade objetiva dispõe sobre quais matérias podem ser submetidas à arbitragem, que, no caso, são todas que cuidam direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, *caput*, da LArb. Um direito pode ser considerado disponível quando puder ser livremente exercido pelo seu titular, sem que exista qualquer tipo de norma cogente determinando o cumprimento da obrigação de um ou outro modo, pena de decretação de nulidade ou anulabilidade do ato praticado. Logo, disponível é o direito que pode ser irrestritamente alienado ou negociado, por parte de quem tenha capacidade jurídica.⁵⁵²

Em sintonia com a legislação arbitral, o art. 852 do CC dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Em que pese o dispositivo em análise fazer referência ao “compromisso arbitral”, parece inexistir qualquer óbice para aplicá-lo integralmente também à cláusula compromissória, de modo que melhor sorte assistiria ao legislador se tivesse optado pela inclusão do termo “convenção de arbitragem”.

A limitação da arbitragem apenas quando se estiver diante da disponibilidade do direito é acertada, porque teve o legislador “em consideração a natureza de certas matérias ou a característica das próprias partes litigantes, hábeis a matizar a lide com caráter eminentemente privado, reservando as demais questões à jurisdição estatal”.⁵⁵³

Apesar da menção legal à disponibilidade, adota-se, neste trabalho, a posição de que o fator determinante para a aferição da arbitrabilidade objetiva é a patrimonialidade do direito controvertido.⁵⁵⁴ Assim, apenas direitos não patrimoniais, ainda que de natureza indisponível – como se verá como mais vagar no momento oportuno –, estão afastados do âmbito da arbitragem, como ocorre, por exemplo, com os conflitos relacionados à capacidade e ao estado das pessoas e famílias, aos direitos personalíssimos, aos litígios atinentes ao direito de sucessão ou ao direito penal, dentre outros.

É preciso ter presente que, mesmo diante de conflitos inerentes a essas áreas jurídicas específicas, a arbitrabilidade não pode ser afastada, caso seja verificada a

⁵⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 38.

⁵⁵³ FIGUEIRA JR., Joel. **Op. Cit.**, p. 147.

⁵⁵⁴ “A nosso ver, a disponibilidade integrante do conceito de arbitrabilidade não é idêntica àquela disponibilidade presente no Direito Privado. A disponibilidade que caracteriza a arbitragem é mais ampla do que aquela normalmente empregada no Direito Privado”. Trata-se de um conceito único, específico para a arbitragem, sem correspondente em qualquer outra área do Direito. A disponibilidade contida na seara arbitral e que delimita, em vários ordenamentos jurídicos, a arbitrabilidade de qualquer controvérsia está limitada apenas e tão somente pelo caráter patrimonial da matéria. ‘No caso do Brasil, esta interpretação somente é necessária em casos excepcionais, pois a regra geral do Direito brasileiro já é a adoção exclusiva do critério da patrimonialidade, em razão de expressa determinação legal. É o que se passa a demonstrar’”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 249.

possibilidade de uma demanda ter por finalidade a discussão de reflexos de ordem estritamente patrimonial, até porque as consequências patrimoniais advindas desses casos podem ser objeto de outro meio extrajudicial de solução de conflito. A título de exemplo, o valor da pensão alimentícia, a partilha de bens e o valor da indenização decorrente de ato ilícito criminal, são matérias arbitráveis.⁵⁵⁵

Apresentadas as noções basilares de arbitralidade, avança-se na abordagem da temática, sob a perspectiva do consenso como elemento fundamental da arbitragem. É que a estipulação da arbitragem como método de solução de controvérsias se concretiza por meio de um negócio jurídico denominado convenção, que pode ser classificado como cláusula compromissória ou compromisso arbitral, segundo prevê o art. 3º da LArb.⁵⁵⁶

São dois os efeitos da convenção de arbitragem. O primeiro, de ordem positiva, que é dirigido às partes e implica o dever de submissão dos conflitos à jurisdição privada. Por outro lado, o segundo é negativo e é dirigido ao Estado, porque implica o afastamento da matéria objeto da convenção de apreciação por parte a jurisdição estatal.⁵⁵⁷ Inclusive, se assim não se interpretasse, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* perderia boa parte da sua força e utilidade.⁵⁵⁸

Caso uma das partes subscritoras ignore a convenção de arbitragem e ajuíze ação judicial versando sobre a matéria pactuada, caberá ao réu, em sede de preliminar de contestação, invocar a existência da convenção de arbitragem e, como consequência, requerer a extinção do processo sem resolução do mérito. Na ausência da alegação do assunto, caracterizar-se-á a preclusão e será presumida a ocorrência de aceitação tácita em relação à jurisdição estatal.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 38.

⁵⁵⁶ “Tais categorias não guardam nenhuma diferença teleológica, isto é, são dotadas do mesmo objetivo, qual seja, permitir a instauração da arbitragem, sendo que em algumas legislações tal diferenciação foi abolida. No direito brasileiro a manutenção da dicotomia se justificou pela tradição e para facilitar a tramitação da nova Lei de Arbitragem no Congresso Nacional”. GUERRERO, Luís Fernando. *Arbitragem e Processo Arbitral*. In: **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias**. Coordenadores: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Lopes da. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 286.

⁵⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 79.

⁵⁵⁸ SESTER, Peter Christian. **Op. Cit.**, p. 143.

⁵⁵⁹ “Há, aqui, contundente manifestação de respeito, pela lei, à autonomia da vontade das partes: assim como os litigantes podem realizar negócio jurídico com o intuito de a lide ser resolvida pela jurisdição arbitral, e não estatal (cf. art. 42 do CPC/2015), bem como escolher foro em que deverá tramitar a ação judicial respectiva (cf. art. 63 do CPC/2015), podem também deixar de fazê-lo, ou renunciar, expressa ou tacitamente, aos direitos oriundos de tal convenção”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Op. Cit.**, p. 601.

A cláusula compromissória é estipulada em contrato firmado entre as partes, antes de o conflito ser deflagrado com a lesão ou a ameaça a direito.⁵⁶⁰ Estabelece-se, assim, na seara contratual, que a arbitragem será o meio adequado de solução de todos os futuros conflitos, determinados ou determináveis, oriundos de uma relação jurídica específica (art. 4ª, *caput*, da LArb).⁵⁶¹

A previsão sobre o que, de fato, deverá ser o objeto de apreciação na arbitragem pode gerar grande abertura interpretativa. Nem sempre as partes conseguirão ser claras a respeito do que intencionam e essas dúvidas ocorrem com mais intensidade na esfera da cláusula compromissória, porque, no compromisso arbitral, o litígio já se deflagrou e, por isso, há mais facilidade na definição da extensão objetiva.

A solução dessas dúvidas deve passar pela constatação de que as partes, ao terem realizado a convenção, optaram pela arbitragem em detrimento dos demais métodos de solução de conflito. Isso quer dizer que, diante de dúvidas, estas devem ser resolvidas com o entendimento de que as partes tiveram o interesse de favorecer a arbitragem, submetendo-lhe litígios decorrentes de certa relação jurídica. Segundo Carlos Alberto Carmona, “se houver alguma excludente, parece razoável esperar que na convenção de arbitragem essa exclusão seja claramente marcada. Na falta de uma exclusão clara, a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica”.⁵⁶²

O comportamento cooperativo entre as partes e o árbitro, em busca do perfeito esclarecimento quanto aos limites objetivos da demanda arbitral, consiste em fator que a um só tempo intensifica o diálogo, colocando todos os atores em posição de protagonismo, e potencializa a eficiência do procedimento.⁵⁶³

A cláusula compromissória deve ser firmada por escrito e pode ser incluída no próprio contrato ou ser inserta em documento apartado a ele referente (art. 4, § 1º, da LArb).

⁵⁶⁰ “Enfim, este é o espaço da liberdade, e os contratantes devem estar atentos às inclusões de tudo quanto for pertinente à adequada fluidez do procedimento e à apropriada valorização da qualidade do julgamento, para bem preparar o solo no qual se cultivará a arbitragem, objetivando os seus melhores frutos. E como a convenção arbitral é feita no momento da contratação, ou seja, de convergência de interesses para a realização do negócio, espera-se a colaboração mútua das partes para se ter o mais adequado modelo ao objeto do contrato”. CAHALI, José Francisco. **Op. Cit.**, p. 170.

⁵⁶¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira. **Op. Cit.**, p. 177.

⁵⁶² CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 85.

⁵⁶³ “Feitas essas ponderações sobre a reação das partes às ações tomadas pelos árbitros que não estejam propriamente alinhadas com os limites objetivos da demanda, sobreleva-se a importância do princípio da cooperação, que potencializa a interação entre árbitros e partes, em um processo de persuasão e convencimento recíprocos. Essa efetiva participação das partes, aliada a uma postura ativa do tribunal arbitral, conspira a favor de decisões arbitrais que reflitam a real pretensão das partes, atribuindo o devido valor aos limites objetivos da demanda e não apenas impondo sua aceitação irrestrita, tal como se os árbitros fossem meros espectadores”. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 40, Out-Dez/2013, p. 71.

A justificativa, para tanto, é a de que a escolha do juízo arbitral não pode ser presumida, devendo, ao contrário, expressar a manifesta e real vontade das partes.

Porém, parece adequado defender o entendimento de que a anuência à cláusula compromissória pode ocorrer por meio de outras formas além da assinatura escrita, podendo ser admitida a validade de uma anuência tácita a partir da análise do contexto das negociações e dos atos posteriores realizados.

Sendo o comportamento concludente pelo consentimento tácito, à luz de uma verificação pautada pela boa-fé objetiva, deve-se considerá-lo válido, em conformidade com os arts. 111 e seguintes do Código Civil, uma vez que “a manifestação negocial de consentimento, salvo nas hipóteses em que a lei requer forma especial, não se traduz necessariamente em documentos escritos. O consentimento pode, pois, ser expressado pelo comportamento”.⁵⁶⁴

O art. 4º, § 1º, da LArb, determina que a cláusula compromissória deva ser estabelecida por escrito, essa exigência deve ser analisada em conjunto com as disposições previstas no Código Civil relativas à interpretação dos contratos. Como a LArb não exige que a cláusula deva estar inserida no contrato, a arbitragem pode ser convencionada por cartas ou mensagens eletrônicas, por exemplo.

Além disso, o consenso pode ser constatado por meio da concludência comportamental, ou seja, pela aferição dos atos praticados pelas partes relacionados ou não à constituição da arbitragem. É preciso ter cautela para verificar qual foi a decisão das partes, “pois o comportamento apto a ensejar vinculação à cláusula compromissória deve ser extremo de dúvidas, uma vez que a arbitragem importa em renúncia à jurisdição estatal”.⁵⁶⁵

No julgamento da SEC n 856, o STJ adotou esse posicionamento, ao decidir que “tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória”.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Op. Cit.**, p. 547.

⁵⁶⁵ **Idem, ibidem**, p. 548.

⁵⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Sentença Estrangeira Contestada 856/GB**. Relator: Min. Carlos Alberto Direito, de 18 de maio de 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500314302&dt_publicacao=27/06/2005>. Acesso em: 14.07.2022. No mesmo sentido: “Ação de rescisão, com pedido de pagamento das taxas em atraso. Julgamento de procedência. Apelantes-franqueados que argumentam haver cláusula compromissória em aditivo contratual. Apelada franqueadora que, por seu turno, alega que a ausência de assinatura do contrato e do respectivo aditivo, impede a observância da cláusula compromissória. Alegação da apelada que, todavia, não se sustenta, já que ambas as partes reconhecem a existência, a validade e a eficácia do contrato, tanto que o pedido inicial não consiste na declaração de inexistência da relação, mas sim na rescisão do contrato e na condenação ao pagamento de valores inadimplidos. Aceitação tácita do contrato e da cláusula compromissória, que se admite,

Essa decisão apresenta-se irretocável. Com as transformações tecnológicas ocorridas nas últimas décadas, o Direito, no geral, e a arbitragem, no particular, devem guardar correspondência e harmonia com os novos fatos sociais e, diante disso, formalismos exacerbados e tradições de outrora passam a ser tratados como desnecessários e injustificáveis. Assim, tem-se por correto aferir, por exemplo, a validade da assinatura de forma eletrônica e, além disso, conferir obrigatoriedade de certos comportamentos adotados pelas partes como indicativos da vontade de constituírem a arbitragem quando existir uma convenção não assinada.

Em outras palavras, diante da dinamicidade das relações sociais, não se pode olvidar que, na prática, o consentimento pode manifestar-se de forma tácita, exteriorizado por sinais emitidos com o objetivo de produzir determinada finalidade, cuja forma a lei não exige que seja escrita. Para tanto, não há exigência de certeza quanto o consentimento, sendo suficiente a presença de um elevado grau de probabilidade de que tais sinais venham, de fato, a representar o interesse da parte em anuir à convenção de arbitragem.⁵⁶⁷

A cláusula compromissória tem força vinculante, tanto por ser obrigatória entre as partes contratantes, quanto também por ser tratada de forma autônoma em relação ao contrato em que está inserida. A consequência dessa assertiva é a de que a cláusula compromissória subsistirá incólume mesmo diante de eventual nulidade do contrato está prevista.⁵⁶⁸

Segundo prevê o art. 8º da LArb, “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica,

dadas as peculiaridades do caso. Não havendo dúvidas, portanto, acerca da existência da relação, e tendo em vista que o único óbice invocado pela apelada diz respeito à falta de assinatura, nada há que justifique o afastamento da cláusula compromissória que, na sua essência, é regular. Extinção do feito, sem apreciação do mérito, que se impõe (art. 267, VII do CPC). Ônus da sucumbência carreado à apelada. Recurso provido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação 4022778-88.2013.8.26.0405**. Relator: Des. Teixeira Leite, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8476113&cdForo=0>>. Acesso em: 14.07.2022; “FRANQUIA. Cláusula compromissória. Autora que pretende anular procedimento arbitral ao fundamento de que não assinou o contrato de franquia. Inadmissibilidade. Autora que era sócia da empresa criada especificamente para explorar as unidades franqueadas. Anuência tácita aos termos do contrato de franquia. Sentença de improcedência mantida. Recursos improvidos”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação 1034569-43.2019.8.26.0002**. Relator: Des. J. B. Franco de Godoi, de 20 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15121625&cdForo=0>>. Acesso em: 14.07.2022.

⁵⁶⁷ COUTINHO, Renato Fernandes. **Convenção de Arbitragem: Vinculação de Não Signatários**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 40.

⁵⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 317; Há, porém, exceções, como adverte a doutrina especializada: “A invalidade do contrato principal pode estender-se à cláusula compromissória, desde que a invalidade, por exemplo, não diga respeito ao conteúdo do contrato ou a uma rescisão do contrato principal por inadimplemento, mas sim a um vício na sua celebração (e.g. incapacidade de uma das partes ou falta do poder de representação). Além disso, erro, dolo e coação podem afetar tanto a cláusula compromissória quanto o contrato principal. A doutrina alemã chama esse fenômeno de ‘Fleberidentität’”. SESTER, Peter Christian. **Op. Cit.**, p. 180.

necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. “Isso significa que a alegação de nulidade do contrato pode ser analisada pelos árbitros ou, pelo menos, deve ser verificada em primeiro lugar pelos árbitros”.⁵⁶⁹

Pelo princípio da competência-competência, o árbitro é quem decide sobre a sua própria competência, de forma prioritária em relação ao juiz togado e, assim, analisar a existência, validade e eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória,⁵⁷⁰ embora não se desconheça a possibilidade da convenção de arbitragem ser declarada inválida diretamente pelo Poder Judiciário quando, manifestamente, o vício for atestado *prima facie* em situações excepcionais, sem que seja verificada a necessidade de dilação probatória.⁵⁷¹

Se a cláusula compromissória não fosse autônoma, o processo arbitral seria carente de eficácia, porque bastaria à parte impelida de má-fé alegar a invalidade do contrato no qual a cláusula compromissória está inserida ao que a ele guarda referência para que esta viesse a ser igualmente considerada inválida e, conseqüentemente, sobrasse apenas o acesso da via judicial, o que, em último caso, causaria um desmonte na arbitragem, relegando-a para o segundo plano.⁵⁷²

A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. Será considerada cheia a cláusula arbitral que estabelecer todos os elementos necessários para a instauração imediata do procedimento arbitral, de acordo com o art. 19 da LArb, não se exigindo intervenção do Poder Judiciário nem ratificação da vontade as partes.⁵⁷³

Já a cláusula arbitral vazia ou em braço é aquela que contém a definição da arbitragem como meio de solução do conflito inerente à relação jurídica sem o detalhamento de quem virá a ser o árbitro e das características do procedimento arbitral. Diante da ausência

⁵⁶⁹ GUERRERO, Luís Fernando. Arbitragem e Processo Arbitral. **Op. Cit.**, p. 293.

⁵⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Reclamação 36.459/DF**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 26 de setembro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102738163&dt_publicacao=26/11/2020>. Acesso em: 14.07.2022.

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.550.260/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402050562&dt_publicacao=20/03/2018>. Acesso em: 14.07.2022.

⁵⁷² “A autonomia da cláusula é fundamental à eficácia do processo arbitral. Se assim não fosse, bastaria que a parte mal-intencionada alegasse a invalidade do contrato para seguir a subsequente presunção de invalidade da cláusula arbitral e, então, atrair de imediato a jurisdição do Poder Judiciário. Tal situação implicaria o fim da arbitragem, porque abriria brecha para o Poder Judiciário examinar o contrato e as circunstâncias envolvendo a sua celebração, matérias estas que são reservadas à exclusiva jurisdição do tribunal arbitral. Não é exagero argumentar que a arbitragem só funciona por causa da autonomia da cláusula arbitral, combinada com o princípio da competência-competência”. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: **Curso de Arbitragem**. Coordenadores: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 76.

⁵⁷³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 216.

das especificações necessárias, busca-se a celebração de compromisso arbitral, ou, no caso de recalcitrância, a parte interessada pode requerer a lavratura do compromisso em juízo,⁵⁷⁴ em conformidade com o art. 7º da LArb.⁵⁷⁵

Na atualidade, tem sido frequentemente utilizada a denominada cláusula escalonada, a qual exige cautela em seu uso e que é caracterizada pela inserção na convenção de dois ou mais métodos de solução de conflitos, como, por exemplo, a estipulação de que os litigantes devam primeiramente tentar resolver a controvérsia por meio da mediação e depois por meio da arbitragem (cláusula med-arb), ou o contrário (cláusula arb-med). A pertinência desse tipo de cláusula se faz mais presente nos contratos de execução continuada, de longa duração e de complexidade elevada.⁵⁷⁶

É preciso observar, porém, que, segundo o art. 7º da Lei nº 13.140/2015, o mediador não poderá atuar como árbitro quando a tentativa de autocomposição fracassar, para que evite causar “prejuízo à sinceridade das partes na mediação, expondo suas razões a quem julgará a demanda”.⁵⁷⁷ O mesmo raciocínio deve ser aplicado na perspectiva de ordem inversa, não podendo o árbitro atuar como mediador.

Questão de estilo apresentada pela doutrina especializada versa sobre a possibilidade ou não de instauração de um método de solução de conflito antes daquele outro que é indicado na convenção. Diante de uma cláusula med-arb, poderá a arbitragem ser validamente instaurada sem a prévia tentativa de solução do conflito pela mediação? A ordem no uso desses métodos é obrigatória ou facultativa?

O art. 2º, § 1º, da Lei 13.140/2015, dispõe que “na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”. Isso indica a preferência pelo uso do meio autocompositivo consensual (mediação) em comparação ao meio heterocompositivo e adjudicativo (arbitragem), sob a

⁵⁷⁴ “O propósito da ação de execução específica a cláusula arbitral vazia é definir as características do processo arbitral. O juiz dará às partes oportunidade para acordar tais características, sendo inclusive obrigatória a tentativa de conciliação. Mas, permanecendo o impasse, cabe ao juiz preencher as omissões da cláusula arbitral vazia, a fim de permitir a rápida instauração o processo arbitral. Nesse sentido, a lei dá ao juiz discricionariedade, valendo anotar que a sentença judicial não está sujeita a apelação com efeito suspensivo e valerá como compromisso arbitral”. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. **Op. Cit.**, p. 108.

⁵⁷⁵ “Já a cláusula compromissória vazia é aquela que, sem especificar o Tribunal arbitral, se limita a afirmar que qualquer desavença decorrente do negócio jurídico será solucionada pela arbitragem. Como ela traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, é necessário a formalização e um compromisso arbitral, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.602.696/PI**. Relator: Min. Moura Ribeiro, de 23 de setembro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502385961&dt_publicacao=23/09/2016>. Acesso em: 14.07.2022.

⁵⁷⁶ CAHALI, Francisco José. **Op. Cit.**, p. 184.

⁵⁷⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 218.

ótica atual da ressignificação do acesso à justiça, em privilégio, ao mesmo tempo, da autonomia privada e da busca da solução consensual – logo, menos traumática – de solução de controvérsias. Eventual descumprimento à ordem contida na convenção deve implicar a extinção do procedimento arbitral, ou, até, se for o caso, do processo judicial, sem resolução do mérito, em razão da ausência de interesse de agir.⁵⁷⁸

O que deve ser evitado a todo custo é a elaboração da cláusula patológica, entendida como aquela que possui previsão de submissão de possíveis litígios à arbitragem, “mas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem”.⁵⁷⁹ É o que ocorre com as cláusulas arbitrais vazias, que indicam órgão arbitral inexistente ou que não apontam mecanismo para a escolha do árbitro.⁵⁸⁰

Diante de uma cláusula patológica, pode-se desconsiderar o efeito negativo da cláusula compromissória. Foi o que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i. e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula”.⁵⁸¹

Se a cláusula compromissória estiver relacionada a um contrato de adesão, o legislador, presumindo vulnerabilidade da parte que não tem poder de negociar os termos do contrato, os quais lhes são previamente apresentados a fim de que adira ou não, estabeleceu, no art. 4º, § 2º, da LArb, que, nesse caso, a referida cláusula “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Na hipótese da arbitragem versar sobre direito do consumidor, nenhuma objeção há que se fazer quanto à submissão dos conflitos dessa natureza à jurisdição privada em

⁵⁷⁸ “[...] defendemos a ideia de que a convenção de mediação possui efeitos processuais vinculantes, pois a vontade das partes em submeter a controvérsia à mediação previamente a qualquer solução adjudicada, em nosso caso, arbitral, não significa renúncia abstrata à apreciação jurisdicional da controvérsia, mas sim, a expressão livre e informada da vontade das partes em compor suas controvérsias por meio de um mecanismo prévio consensual. Assim, a cláusula de mediação, seja pactuada de maneira isolada ou estabelecida como condição prévia à arbitragem, deve ser respeitada, sob pena de restar como uma simples recomendação ou lembrança a possibilidade e uma solução consensual e mais, ser uma barreira que acabará por conduzir as partes a conflitos ‘parasitadas’ e indesejáveis”. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas Escalonadas: A Mediação Comercial no Contexto da Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

⁵⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 112.

⁵⁸⁰ **Idem, ibidem**, p. 112.

⁵⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.803.752/SP**. Relatora: Min.ª Nancy Andrighi, de 04 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900226898&dt_publicacao=24/04/2020>. Acesso em: 14.07.2022.

destaque, porque os direitos dos consumidores são patrimoniais e disponíveis e o procedimento arbitral é condicionado pela observância do devido processo legal. A discussão surge quando a previsão da arbitragem se dá em um contrato de adesão que cuida de relação de consumo, que em seu bojo existe a presença de uma parte vulnerável, que merece proteção em todas as esferas (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF, e 48 do ADCT) .

Diante da conjunção alternativa “ou” presente no texto legal supra citado (art. 4º, § 2º, da LArb), duas hipóteses se abrem para que a cláusula compromissória seja considerada válida: (i) uma quando a instituição da arbitragem se der por iniciativa do consumidor e (ii) outra quando o consumidor concordar expressamente com a arbitragem instituída por iniciativa do fornecedor.⁵⁸² Com efeito, enquanto para o fornecedor a cláusula compromissória será sempre vinculante, para o consumidor dependerá da ocorrência de uma dessas duas situações apresentadas.

Porém, a dúvida quanto à possibilidade de cláusula compromissória em contrato de adesão de consumo⁵⁸³ pode persistir, porque o art. 51, IV, do CDC, estabelece ser nula, de pleno direito, a cláusula contratual que determina “a utilização compulsória da arbitragem”.

Há uma aparente colisão entre o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.397/1996, e o art. 51, IV, do CDC, podendo se questionar qual desses dois dispositivos deve prevalecer, o da Lei nº 9.307/1996, que é lei nova em relação ao do CDC, ou o do CDC, que é lei especial em relação ao previsto na legislação arbitral.

A posição que se mostra mais adequada é a de conciliar ambos os dispositivos para encontrar uma solução equilibrada. O que não é permitida é a confecção de cláusula compromissória instituindo a arbitragem compulsória em matéria consumerista. Tratando-se de cláusula compromissória não compulsória, o impedimento é inexistente, na hipótese, repise-se, do consumidor aderente tomar a iniciativa pela instituição da arbitragem ou a ela concordar, expressamente, mediante registro escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para cláusula.⁵⁸⁴

⁵⁸² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 263.

⁵⁸³ “Art. 46 do CDC. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília> DF, Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 11.08.2022.

⁵⁸⁴ “DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO. 1. Ação ajuizada em 05/03/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/09/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se é válida cláusula compromissória arbitral inserida em contrato de

Acontece que, diante da condição de hipossuficiência apresentada pelo consumidor, torna-se importante atentar-se à necessidade de exigir-se a “demonstração da existência de fortes indícios de que o aderente tenha plena ciência e compreensão acerca do significado da renúncia à jurisdição estatal”,⁵⁸⁵ para, assim, manter-se respeitada a indispensável paridade de armas e ter a arbitragem como alternativa financeiramente viável.

Outro tema que tem exigido grandes reflexões por parte da doutrina – e cuja análise requer um estudo monográfico, tamanha a profundidade – é o da possibilidade de vinculação de pessoas não signatárias à convenção de arbitragem, a partir da premissa de que “o consentimento é elemento essencial da convenção de arbitragem e deve ser dado por todas as partes envolvidas, sob pena de nulidade da sentença arbitral, nos termos do art. 32, I e IV, da Lei de Arbitragem”.⁵⁸⁶

Em razão disso, a doutrina tradicional,⁵⁸⁷ como sustenta Renato Fernandes Coutinho, tem entendido que é defeso “forçar uma parte a participar de uma arbitragem sem que tenha havido a respectiva manifestação de vontade, tampouco aceitar a participação de um terceiro à convenção de arbitragem sem o consentimento das efetivas partes”.⁵⁸⁸

Assim, em respeito à exigência do consentimento, só seria admitida a participação de terceiros no procedimento arbitral caso fossem eles partes na convenção de arbitragem, não se vislumbrando, a princípio, a possibilidade de intervenção coata ou voluntária.

adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja, a compra e venda de imóvel residencial. 3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. 5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 6. Na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.628.819/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602553101&dt_publicacao=15/03/2018>. Acesso em: 26.06.2022.

⁵⁸⁵ FIGUEIRA JR., Joel. **Op. Cit.**, p. 185.

⁵⁸⁶ COUTINHO, Renato Fernandes. **Op. Cit.**, p. 39.

⁵⁸⁷ “O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial”. CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 83.

⁵⁸⁸ COUTINHO, Renato Fernandes. **Op. Cit.**, p. 40.

Porém, a despeito de previsão legal, há na doutrina contemporânea a tendência de alargar o conceito de partes na convenção de arbitragem, de maneira que a vinculação não se daria somente a quem assinou a convenção, mas também àqueles que, por razões fáticas e/ou jurídicas, justificam a sua participação no procedimento arbitral, por estarem vinculados à convenção arbitral, segundo análise do árbitro.⁵⁸⁹

Três são as hipóteses que autorizam a vinculação de um terceiro: (i) quando a transmissão da cláusula contratual se der pela assunção de determinadas posições contratuais; (ii) quando a extensão da cláusula compromissória decorrer da prática de consentimento implícito; e (iii) quando a vinculação estiver ligada à prática de atos fraudulentos ou praticados de má-fé pela parte.⁵⁹⁰

É o que se verifica nos casos de sucessão, cessão de posição contratual, cessão de crédito, assunção de dívida, situações envolvendo grupos de sociedades, representação, estipulação em favor de terceiro, *stoppel*, desconsideração da personalidade jurídica, dentre outras.⁵⁹¹

De acordo com a síntese conclusiva apresentada por Nathália Mazzonetto, embora o procedimento a arbitragem seja orientado pela vontade das partes, estas não possuem “superpoderes” de forma a moldar todos os direcionamentos, “chegando ao extremo de impedir que terceiros que, eventualmente, venham a ser atingidos pelos efeitos reflexos da decisão proferida no confronto das partes atuem de modo a ‘influenciar’ na pronúncia de uma decisão que não lhes prejudique”.⁵⁹²

4.3. NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS: A ARBITRAGEM COLETIVA

A sociedade contemporânea é composta de relações complexas, despersonalizadas e marcada por violações ocorridas em massa, de modo que o modelo tradicional de processo civil, de cunho individualista e patrimonialista, mostrou-se insuficiente para viabilizar a tutela adequada dos direitos coletivos.

Por isso, na perspectiva de ampliação e concretização do acesso à justiça, foram criadas técnicas processuais voltadas à tutela desses direitos e passou-se a enxergar que a tutela desses direitos poderia ser prestada de forma mais adequada, tempestiva e efetiva fora

⁵⁸⁹ FARIA, Marcela Kolbach de. **Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 53.

⁵⁹⁰ **Idem, Ibidem**, p. 55-126.

⁵⁹¹ **Idem, ibidem**, p. 55-126.

⁵⁹² MAZZONETTO, Nathália. Uma Análise Comparativa da Intervenção de Terceiros na Arbitragem Sob a Ótica dos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 14, Abr-Jun/2007, p. 58.

do ambiente judicial – a despeito e forte aspecto cultural ainda a ele relacionado, como visto no Capítulo 3 –, fomentando-se, assim, o desenvolvimento de um sistema multiportas também utilizável para a tutela dos direitos transindividuais.

Assim como o processo judicial não representa o único meio de solução de conflitos individuais, o mesmo é verificado em relação aos conflitos de natureza coletiva. É certo que ele, a princípio, sempre estará aberto para o acesso dos jurisdicionados, individuais ou coletivos, embora não seja o único e, em alguns casos, nem o mais indicado. Dessa maneira, a vontade das partes, dentro dos limites estabelecidos em lei, pode direcionar a resolução desses conflitos para outros meios considerados mais vantajosos para o enfrentamento daquele caso.

A análise da conveniência do uso de um ou de outro meio deve tomar em conta os diversos fatores relacionados às características do litígio e as vantagens observadas a partir da comparação feita com os demais meios de solução de conflitos patrimoniais disponíveis. Somente assim, pela análise do melhor meio diante de uma situação determinada ou determinável, que será possível projetar a obtenção das finalidades que se pretende alcançar.

Não há, portanto, a superação do processo judicial, seja individual ou coletivo, mas sim a superação da preponderância quase que exclusiva do processo judicial frente aos demais meios. Isso quer dizer que o que está superada é a compreensão de que as respostas aos conflitos de interesses somente podem ser obtidas pelo processo judicial. É essa ideia reducionista que está superada. Logo, o processo judicial mantém-se útil e necessário para determinadas demandas. Porém, existe um leque de outras possibilidades concorrentes, cuja escolha variará de acordo com as características do caso concreto e os interesses das partes em litígio.

O redimensionamento ao acesso à justiça, em conjunto com o desenvolvimento teórico e prático do sistema multiportas, têm gerado soluções criativas e dinâmicas, mais consentâneas com as transformações sociais, de modo que as partes passam a ter efetivas condições de fazer escolhas que possam personalizar o meio de solução dos conflitos que têm diante de si.

Por isso, todas as razões que justificaram a criação de um processo judicial coletivo, podem ser aqui apropriadas para o desenvolvimento da arbitragem coletiva, desde que respeitadas todas as características peculiares deste meio extrajudicial de solução de conflitos. O procedimento a ser empregado é outro, pois se transpassa do ambiente judicial para o ambiente arbitral, mas as lides nele versadas continuam tendo a mesma natureza e podem ser aqui, no terreno da arbitragem, melhor enfrentadas e decididas.

Ao partir-se da premissa de que a tutela coletiva é constitucionalmente assegurada, a sua realização prática pode ocorrer pela aplicação de método autocompositivo ou heterocompositivo, estatal ou privado.⁵⁹³

Duas são as premissas para tanto: (i) a arbitragem pode melhor tutelar o direito material, em virtude de seus ganhos comparativos, que serão analisados mais à frente; e (ii) o Poder Judiciário encontra-se em colapso, por conta de excessivo número de processo em andamento, pela morosidade processual e pela insegurança jurídica.

Atento à ressignificação do acesso à justiça e também ao modelo de justiça multiportas com peculiaridades próprias e rentes à realidade brasileira, conforme visto alhures, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, facultava aos litigantes a solução do conflito pelos métodos autocompositivos e também por meio da arbitragem.⁵⁹⁴

Existem reais condições empíricas de utilização da arbitragem coletiva. A ausência de regulamentação legal específica não é indispensável,⁵⁹⁵ mas é desejável,⁵⁹⁶ sendo certo que já existe regulamento de arbitragem coletiva no Brasil⁵⁹⁷ – sem, no entanto, tratar da representatividade adequada –, a fim de atribuir maior segurança jurídica e contribuir para o seu desenvolvimento.⁵⁹⁸ Uma lei sobre o assunto funcionaria como uma espécie de *nudge*,⁵⁹⁹

⁵⁹³ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Admissibilidade da Arbitragem Coletiva Societária. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: Cueva, Ricardo Villas Bôas; GUIMARÃES, Márcio Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 24.

⁵⁹⁴ “Art. 19 do Projeto de Lei nº 5.139/2009. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1o O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. § 2o A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. § 3o Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação. § 4o Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial”.

⁵⁹⁵ “Entende-se que a admissibilidade da arbitragem coletiva é questão de ‘*lege lata*’ e não de ‘*lege ferenda*’, pois está insito ao art. 1º da Lei de Arbitragem que é possível usar todos os tipos de ações adequadas para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não está restrito à demanda individual. Esse dispositivo legal pode ser combinado com o art. 31 da Lei de Arbitragem, que prevê que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, o que abrange a sentença coletiva”. WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. Admissibilidade e Adequação da Arbitragem Coletiva Como um Mecanismo de Acesso à Justiça no Mercado de Capitais e Seus Respetivos Procedimentos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 68, Out-Dez/2020, p. 77.

⁵⁹⁶ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Op. Cit.**, p. 117.

⁵⁹⁷ CÂMARA PORTUGUESA. **Regulamento Suplementar Para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil – São Paulo, de 26 de abril de 2021**. Disponível em: <<https://www.camaraportuguesa.com.br/centro-de-mediacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 27.01.2023. Ver: TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. A Aprovação do Primeiro Regulamento de Arbitragem Coletiva no Brasil. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 247-266.

⁵⁹⁸ No Anexo, há a apresentação de um Projeto de Lei dispondo de regras que cuidam da regulamentação da arbitragem coletiva e, em particular, das formas de participação, à luz do contraditório ampliado.

ou seja, um incentivo para a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos transindividuais e para a melhoria de ambiente de negócios, por promover uma mudança cultural estimulada pela lei.⁶⁰⁰

Tanto a arbitralidade objetiva quanto a arbitralidade subjetiva fazem-se presentes, não havendo justificativa aceitável pela sua não utilização. Essa resistência, se existir, só pode ser explicada pelo receio do “novo” e pelo apego ao processo judicial, que, na realidade prática, pode ser tão criticado – às vezes injustamente – quanto dificilmente abandonado.

De um modo ou de outro, o que não se pode negar é que novas realidades sempre surgem e que podem ser mais vantajosas do que as anteriores, senão a ponto de eliminá-las, ao menos para com elas concorrerem e se mostrarem como alternativas viáveis para a obtenção de determinada finalidade. Não há como controlar a roda da história. A inquietação inerente ao ser humano impulsiona a inovação, ainda que incida sobre algo já existente, operando-lhe uma mudança aqui ou acolá, como é o caso da arbitragem pensada para resolver conflitos coletivos.

Como o mundo encontra-se em constante e rápido processo de transformação, dificilmente se obterá consensos duradores sobre a forma pela qual um procedimento estatal pode produzir os resultados esperados. Daí a necessidade da criação de uma lei sobre a arbitragem coletiva que não seja “engessada”, que, ao invés disso, seja dotada de uma técnica legislativa que permita complementação por meio da autonomia privada, em grau mais ou menos intenso, sob a perspectiva das peculiaridades do caso concreto.

Ocorre que o tempo de alteração legislativa é, por vezes, incompatível com o tempo das situações presentes na realidade social. Por isso, tem-se por recomendável, sempre que necessário, para esta área do Direito, a adoção de regras abertas,⁶⁰¹ as quais devem ser compreendidas como se princípios fossem,⁶⁰² a exemplo da representatividade adequada, sob

⁵⁹⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Op. Cit.**, p. 12.

⁶⁰⁰ Em sentido semelhante: MENDES, Fernando. Arbitragem na Administração Pública Como *Nudge* Para a Melhoria do Ambiente de Negócios. In: **Direito Público e Arbitragem: Os Desafios Emergentes da Resolução Privada de Conflitos do Estado**. Organizadores: VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 51-102.

⁶⁰¹ “Como a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou elaborar tantos procedimentos especiais quanto forem considerados necessários à tutela dos direitos, as regras processuais abertas surgem como alternativa para que os textos legais sejam adaptados aos variados contornos da realidade social”. NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**, p. 187-188.

⁶⁰² “Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse o menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada”. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional**

pena de escancarar ainda mais a inaptidão de previsões legais rígidas diante das crises do Estado e da economia, num cenário de pós-modernidade.⁶⁰³

Em um mundo globalizado e pós-moderno torna-se inviável trabalhar com o mesmo ideal de segurança jurídica do passado, com comando fechados e inflexíveis. A autonomia privada, por ser a mola propulsora da convenção de arbitragem e dos ajustes consensuais supervenientes, deve ser vista como um canal de abertura para as adaptações procedimentais necessárias.

A segurança de percorrer um bom caminho e de proporcionar ótimos resultados está em boa medida na flexibilidade encontrada na arbitragem. A criação de um procedimento abertos a mudanças se ajusta às necessidades dos tempos atuais. Logo, uma lei que venha a regulamentar a arbitragem coletiva deve possuir espaços para que seja adaptada aos contornos do caso concreto e da realidade socioeconômica, em particular quanto à representatividade adequada e à ampliação do contraditório.

Por via de consequência, sabendo da dificuldade de antever comportamentos ou de regulamentá-los no tempo da realidade social, num quadro de hipercomplexidade e de multiplicidade de fontes o Direito,⁶⁰⁴ o legislador tem autorizado – e assim deve ele permanecer – o consenso por meio da autonomia privada, que, por ser mais dinâmico e operacional à luz do caso concreto, pode mostrar-se mais vantajoso a todos, embora dentro dos limites do devido processo legal, da legislação infraconstitucional, dos precedentes e da jurisprudência que cuidam do assunto.

As partes podem divergir quanto à solução da controvérsia de direito material, mas podem fazer ajustes quanto à escolha do meio a ser utilizado para a prestação da tutela jurisdicional desse mesmo direito material.

Esse consenso, contudo, aos olhos do tema delimitado neste trabalho, enquanto inexistir lei específica regulamentando o assunto, deve partir da aplicação básica e estrutural do microssistema de processo coletivo, ou pelo uso do regimento do tribunal arbitral, que seja dotado de regras e princípios específicos, sem abandonar, em uma situação ou em outra, o indispensável respeito que deve ser guardado para com o devido processo legal.

Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

⁶⁰³ BITTAR, Eduardo. O Direito na Pós-Modernidade. **Revista Sequência**, n° 57, dez. 2008, p. 144. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/inex.php/sequencia/article/download/2177-7055.2008v29n57p131/13642/46105>>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶⁰⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Revista FADUSP**, v. 94, 1999, p. 4. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>>. Acesso em: 28.06.2022.

No presente caso, existe uma inequívoca compatibilidade entre a arbitragem e a tutela coletiva. Sobre esses dois grandes temas pairam a segunda e a terceira ondas renovatórias de acesso à justiça apresentadas por Cappelletti e Garth,⁶⁰⁵ que, uma vez reunidas, consistem no ponto de partida teórico atinente à elaboração mais bem estruturada do tema. Arbitragem e processo coletivo são dois rios que convergem para o oceano, e que ali, a depender da situação a ser enfrentada, têm as suas águas em condições de possibilitar o tráfego de navios de forma segura e sem maiores solavancos.

A autonomia privada, na seara da arbitragem, encontra o seu limite no conteúdo previsto em lei, para, com isso, resguardar o interesse público que, eventualmente, pode estar situado no procedimento arbitral.⁶⁰⁶ Está-se a falar, aqui, da definição da arbitralidade, que pode ser objetiva e subjetiva.

A arbitralidade objetiva diz respeito a direitos patrimoniais disponíveis, conforme previsto no art. 1º da LArb. A lei não indica o que precisamente pode ser considerado direito indisponível e a doutrina tradicional prevê que os direitos coletivos *lato sensu* devem ser todos enquadrados nessa ordem de classificação e, assim, ser solucionados apenas no âmbito da jurisdição estatal, já que a disponibilidade é pressuposto objetivo da arbitragem.

Entretanto, a indisponibilidade, por si própria, ou isoladamente considerada, não pode ser vista como um obstáculo insuperável à instituição da arbitragem, pois, na atualidade, tem-se dado uma interpretação mais ampla às hipóteses de cabimento da arbitragem.⁶⁰⁷

Podem ocorrer variações de cunho processual ou material sobre a indisponibilidade de direitos e a aferição a favor ou não da arbitrabilidade também pode sofrer alterações. A indisponibilidade processual funciona como uma garantia a ser observada diante

⁶⁰⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves; ROCHA, Matheus Lins. Arbitragem Coletiva e a Efetivação do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça. **Arbitragem: Atualidades e Tendências**. Coordenadores: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 555. No mesmo sentido: TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. A Aprovação do Primeiro Regulamento de Arbitragem Coletiva no Brasil. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 249.

⁶⁰⁶ ROQUE, André Vasconcelos. A Evolução da Arbitralidade Objetiva no Brasil: Tendências e Perspectivas. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 48, abr./jun. 2013, p. 4. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2577641/Andre_Vasconcelos_Roque.pdf>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶⁰⁷ “Por muito tempo, a atribuição do caráter de indisponibilidade dos direitos transindividuais induziu a uma leitura de impossibilidade de resolução de conflitos envolvendo direitos dessa natureza por meio de qualquer outro meio senão o processo estatal. No entanto, uma interpretação mais moderna desse conceito, aliada ao novo panorama de adequação processual decorrente do movimento de acesso à justiça, pode culminar em uma exegese que não apenas permita, mas incentive o uso de da arbitragem para a resolução de conflitos metaindividuais”. BACK, Gabriela Cristina. Arbitragem Como Método de Resolução de Conflitos e Natureza Transindividual. **Dissertação de Mestrado**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2018, p. 118. Disponível em: <<https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Gabriela-Back.pdf>>. Acesso em: 28.06.2022. No mesmo sentido: ROQUE, André Vasconcelos. A Evolução da Arbitralidade Objetiva no Brasil, p. 8.

de certas situações, a fim de evitar a ocorrência de prejuízos, como ocorre, no processo civil, com a nomeação de curador especial para o réu revel citado por edital, enquanto não houver a constituição de advogado (art. 72, II, do CPC). “São cautelas, expedientes, que indisponibilizam determinadas posições jurídico-processuais independentemente de o direito material ser, em si mesmo, indisponível”.⁶⁰⁸ Essa espécie não afeta a instituição da arbitragem coletiva.

No tocante à indisponibilidade do direito material, Eduardo Talamini salienta que o tema pode versar sobre (i) a impossibilidade do titular de um direito a ele renunciar; e (ii) a impossibilidade de submissão espontânea ao direito alheio. Na primeira hipótese, a indisponibilidade representa a impossibilidade do titular operar a renúncia ao direito material, embora se admita, mediante autorização legal, a renúncia a determinadas varações, assim como ocorre em relação à postetade tributária, que é indisponível, mas o legislador pode criar lei permitindo a remissão, a anistia, do crédito fiscal.⁶⁰⁹

Já a segunda situação é a única que possui relevância para a verificação da possibilidade de instituição da arbitragem. A indisponibilidade que inviabiliza a arbitragem é aquela que diz respeito à impossibilidade de submissão espontânea à razão alheia, uma vez que, necessariamente, por força de lei, está a depender da intervenção judicial. Se a matéria controvertida pode ser diretamente solucionada pelas partes sem a necessidade de instaurar um processo judicial, o cabimento da arbitragem torna-se inquestionável, ainda mais porque este meio de solução de conflitos submete-se às garantias do devido processo legal, não sendo a arbitragem uma espécie de “aposta” ou “jogo de azar”. Em realidade, “quem submete a solução da causa ao processo arbitral não está submetendo ao ‘cara-ou-coroa’ nem à ‘roleta-russa’”.⁶¹⁰

Todo direito indisponível que possuir reflexos patrimoniais⁶¹¹ e que não exigir o ingresso em juízo estatal para resolvê-lo pode ser objeto de arbitragem.⁶¹² Portanto, tem-se

⁶⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. A (In)Disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Coordenação: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 280.

⁶⁰⁹ **Idem, ibidem**, p. 287.

⁶¹⁰ **Idem, ibidem**, p. 288.

⁶¹¹ “O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”. **Idem, Ibidem**, p. 290. No mesmo sentido: FARIA, Marcela Kolbach de. A Possibilidade da Instituição da Arbitragem em Demandas Coletivas – PL 5.219/2009. Análise da Experiência Norte-Americana. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 34, 2012, p. 8 (Revista dos Tribunais Online).

⁶¹² “Essa é a interpretação que se deve atribuir à expressão direitos disponíveis prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem: somente não se permite a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos em relação aos

que a patrimonialidade somada à possibilidade de autocomposição extrajudicial, são, em realidade, as chaves que abrem as portas da arbitragem coletiva.

Esse é o posicionamento defendido por Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damiano Gonçalves, para quem a disponibilidade corresponde a tudo que admite a prática de transação,⁶¹³ mesmo quando se estiver diante de direitos considerados indisponíveis, porque “há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem pode ser utilizada”.⁶¹⁴

O Direito Ambiental, por exemplo, é indiscutivelmente indisponível. Porém, diante de uma situação de responsabilidade civil decorrente de dano ambiental, o assunto passa a ser analisado, pelo menos em parte, sob a ótica da patrimonialidade, sendo, portanto, passível de transação e, conseqüentemente, ser objeto de arbitragem.⁶¹⁵

Ana Luiza Nery é precisa quando compara o termo de ajustamento de conduta à arbitragem coletiva: na primeira situação, as partes resolvem o conflito sobre direito transindividual por meio de um negócio jurídico dotado de eficácia de título executivo extrajudicial, enquanto que no segundo caso as partes escolhem os árbitros para solucionarem a disputa com a prolação de uma sentença arbitral elevada à categoria de título executivo judicial.⁶¹⁶

quais haja sido instituída a obrigatoriedade da intervenção judicial. Em síntese, a arbitragem é cabível sempre que a matéria envolvida, além de patrimonial, puder ser resolvida pelas partes, em prol de uma, de outra, ou de ambas, independentemente de ingresso em juízo”. MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios Alternativos na Resolução e Conflitos de Interesses Transindividuais. **Dissertação de Mestrado**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 58. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶¹³ “Eu diria que a disponibilidade, hoje, corresponde àquilo em que pode haver transação. Se puder haver transação, estamos perante um bem disponível, num sentido menos fechado, num sentido menos rigoroso em relação àquele que antigamente o direito civil e o direito administrativo entendiam; ou seja, para que se possa saber se tanto a transação como a arbitragem são possíveis e até que ponto são possíveis, na tutela dos direitos ou interesses transindividuais, temos que verificar se se trata de direitos disponíveis e se se trata, conforme o art. 1.º da Lei da Arbitragem, de direitos patrimoniais disponíveis”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência Sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, 2006, p. 3 (Revista dos Tribunais Online).

⁶¹⁴ **Idem, ibidem**, p. 3.

⁶¹⁵ “O direito ao meio ambiente sem dúvida é indisponível. O Estado traçou uma reserva para esses direitos em benefício da sociedade e dos indivíduos. Mas o modo de cumprimento da obrigação, esse é disponível. Não ataca o núcleo fundamental do direito indisponível. Mas cuida, exclusivamente, de um acordo ou de uma arbitragem sobre a maneira de se cumprir a obrigação relativa à conservação, à preservação, à reconstituição do meio ambiente”. **Idem, ibidem**, p. 3.

⁶¹⁶ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 229. No mesmo sentido: “[...] se a legislação brasileira admite uma forma específica de transação em matéria de direitos coletivos em geral através do Compromisso de Ajustamento de Conduta, ainda que limitada a aspectos periféricos atinentes ao modo, lugar e tempo do cumprimento de obrigações impostas ao réu, não se poderia descartar que também a arbitragem recaísse sobre esses estritos limites de disponibilidade. De um lado, estaria a indisponibilidade da obrigação em si mesma, insuscetível de transação, sem prejuízo da disponibilidade sobre as condições de cumprimento”. ROQUE, André Vasconcelos. A Evolução da Arbitralidade Objetiva no Brasil, p. 29.

Numa linguagem tipicamente processual, pode-se dizer, segundo a aludida autora, “que ‘qualquer matéria’ pode ser submetida à arbitragem como fundamento do pedido (causa de pedir), desde que o pedido formulado pelas partes no processo arbitral seja de natureza patrimonial”.⁶¹⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, Danilo Henrique Nunes apresenta inúmeras hipóteses nas quais a arbitragem coletiva poderia ser utilizada na obtenção de soluções e na reparação de danos, a saber: (i) Acidente Nuclear Césio-137, em Goiânia; (ii) Queda do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro; (iii) Tragédia o voo 3054 da TAM, em Congonhas; (iv) Tragédia do voo 447 da *Air France*, no Rio de Janeiro; (v) Incêndio da Boate *Kiss*, em Santa Maria; (vi) Incêndio no Ninho do Urubu, no Rio de Janeiro; e (vii) Rompimento a Barragem de Brumadinho, em Minas Gerais.⁶¹⁸

São, assim, inarbitráveis “os conflitos envolvendo questões de direito público sancionador” e as “questões relativas ao estado das pessoas, relações pessoais entre cônjuges, filiação, as coisas inalienáveis ou que estejam fora do comércio”, mas, quanto a essas, a inarbitrabilidade não atinge as vantagens que delas são oriundas, pois “se tais vantagens tiverem natureza patrimonial, podem ser submetidas à arbitragem”.⁶¹⁹

Bernardo Silva de Lima, ao discorrer sobre assunto que diz respeito específico à arbitragem em matéria ambiental, mas que pode ser aqui reproduzido de maneira geral como se tem apresentado em relação aos direitos transindividuais, assevera que “o compromisso de ajustamento de conduta é, tanto quanto a arbitragem, um método não judicial de solução de conflitos ambientais, no qual, a autonomia de vontade, novamente, como acontece na arbitragem, exerce um papel fundamental”.⁶²⁰

Além do termo de ajustamento de conduta, há também a previsão de arbitragem de dissídios coletivos, nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição Federal,⁶²¹ de maneira

⁶¹⁷ NERY, Ana Luiza. Notas Sobre a Arbitragem Coletiva no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, 2017, p. 7 (Revista dos Tribunais Online).

⁶¹⁸ NUNES, Danilo Henrique. Arbitragem Como Meio de Paridade de Armas na Defesa de Grupos Vulnerabilizados em Reparação De Danos. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2021, p. 234-247.

⁶¹⁹ NERY, Ana Luiza. Notas Sobre a Arbitragem Coletiva no Brasil, p. 7-8 (Revista dos Tribunais Online).

⁶²⁰ LIMA, Bernardo Silva de. A Arbitralidade do Dano Ambiental e o Seu Ressarcimento. **Dissertação de Mestrado**. Salvador: Universidade Federal a Bahia, p. 110. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10789/1/Bernardo.pdf>>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶²¹ “Art. 114, § 2º, a CF. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: DF, Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26.06.2022.

que, em virtude dessas duas situações, tem-se que tanto os direitos individuais trabalhistas quanto os transindividuais na esfera cível são arbitráveis.⁶²²

Por outro lado, indisponibilidade e ordem pública⁶²³ não se confundem, eis que esta é composta de regras de observância obrigatória a todos os casos, mesmo diante da aplicação de direitos disponíveis, os quais autorizam a arbitralidade da disputa. “Assim”, como assevera Rômulo Greff Mariani, “enquanto a ordem pública implica sua obediência pelo árbitro, a indisponibilidade torna inviável a jurisdição arbitral”.⁶²⁴

As pretensões indenizatórias deduzidas por investidores em mercado de ações, quando formuladas por associação em nome de seus associados, ilustram a prática de arbitragem coletiva societária. Ações como essas cuidam de direitos individuais homogêneos, que possuem caráter patrimonial e disponível, tendo por inquestionável o reconhecimento da arbitralidade objetiva,⁶²⁵ a despeito da falta de uma legislação específica sobre a temática.⁶²⁶

⁶²² SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Arbitragem de Direitos Coletivos. **Revista Húmus**, v. 9, 2019, p. 74. Disponível em: <file:///F:/Doutrina/Direito%20Processual%20Civil/Meios%20Alternativos%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos%20-%20arbitragem%20em%20direitos%20coletivos%20-%20Sebasti%C3%A3o%20S%C3%A9rgio%20da%20Silveira.pdf>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶²³ “A questão fundamental a ser analisada, portanto, não é tanto se a arbitragem envolve apenas questões jurídicas estritamente disponíveis, sem nenhuma influência de qualquer matéria que pudesse ser considerada de ordem pública, mas a de examinar se, diante de matérias de ordem pública, o árbitro a analisou devidamente, se apreciou o tema e concluiu, fundamentalmente, pelo afastamento da norma de ordem pública naquele caso concreto. Agindo desta forma, nenhum reparo poderá ser feito à decisão arbitral. De outro lado, se o árbitro deixa de levar em conta preceitos de ordem pública, ou o faz sem a devida fundamentação, a decisão arbitral padecerá do vício de falta ou deficiência de fundamentação, que poderá determinar a anulação da sentença nacional (artigo 32, III, da LA) ou a recusa na homologação da sentença estrangeira, eis que este requisito é considerado integrante da ordem pública nacional, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44-45.

⁶²⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69.

⁶²⁵ “No Brasil, não há um regramento jurídico específico contemplando a arbitragem coletiva de investidores no mercado de ações; por outro lado, não há qualquer proibição, seja na Lei de Arbitragem, seja em qualquer outro dispositivo constitucional ou legal, que impeça a instauração desse tipo de procedimento arbitral de lege lata. O robusto conjunto normativo que disciplina a tutela processual coletiva no País, de um lado, e a arbitragem como mecanismo de acesso à justiça e tutela adequada de direitos – inclusive os coletivos, no esteio da evolução legislativa das S.As. –, de outro, fazem com que a arbitragem coletiva de investidores no mercado de ações seja plenamente viável no Brasil, com algumas adaptações procedimentais”. ZUFELATO, Camilo. A Admissibilidade da Arbitragem Coletiva no Brasil: Uma Análise a Partir do Contexto dos Direitos dos Investidores no Mercado Imobiliário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 70, Abr-Jun/2021, p. 32-33. No mesmo sentido: CERBINO, Grasiela. Arbitralidade em Demandas Coletivas. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 209.

⁶²⁶ “Ademais, embora sem previsão expressa em nosso ordenamento positivo, não se pode negar, de plano, a possibilidade de existir arbitragem de natureza coletiva, como, inclusive, admitida em jurisdições estrangeiras, mormente em questões, como a que ora aparentemente se apresenta, envolvendo acionistas de empresa que tem ações cotadas no Brasil e no estrangeiro”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Tutela Antecipada Antecedente nº 2090011-46.2020.8.26.0000. Decisão Monocrática. Voto nº 21.498**. Relator: Des. Cesar Ciampolini, de 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13576986&cdForo=0>. Acesso em: 11.08.2022.

O posicionamento de Flávio Yarshell sobre a inadmissibilidade da tutela de direitos individuais homogêneos pela arbitragem coletiva, sob a alegação de que são indisponíveis,⁶²⁷ não deve ser acolhido. Como visto, o que ocorre é a tutela coletiva direitos materialmente individuais no plano processual e, havendo repercussão patrimonial do direito controvertido – mesmo que seja de natureza indisponível –, inexistente óbice que afaste a arbitralidade objetiva.

Na área do mercado de capitais, o uso da arbitragem tem sido considerado uma boa prática de governança corporativa e, por isso, a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social da companhia é obrigatória para alguns segmentos da B3, como o Novo Mercado e a Bovespa.⁶²⁸ O emprego da arbitragem para a solução de conflitos neste setor motivou o art. 136-A da Lei nº 6.404/1976, incluído pela Lei nº 13.129/2015, para garantir a vinculação de todos os acionistas da companhia à cláusula compromissória prevista no estatuto social, inclusive tratando a impossibilidade de retirada do acionista dissidente na hipótese da companhia ser aberta e suas ações serem dotadas de liquidez e dispersão em mercado.⁶²⁹

O caso mais emblemático sobre arbitragem coletiva no Brasil versa sobre a instituição de arbitragem por um grupo brasileiro de investidores minoritários contra a Petrobras, medida essa que só foi tomada após a Petrobras ter celebrado acordo no valor de aproximadamente US\$2,95 bilhões com os investidores estrangeiros, e, em razão disso, operou-se o encerramento da ação coletiva que tramitava nos Estados Unidos.⁶³⁰

Mas o interessante é notar que o grupo de investidores, representados pela Associação dos Investidores Minoritários (AIDMIN), ajuizou, primeiramente, ação civil pública perante o Poder Judiciário Paulista (processo nº 1106499-89.2017.8.26.0100), com o objetivo de obter a condenação da Petrobras para ressarcir os representados dos prejuízos sofridos. Em primeira instância, não obteve sucesso em sua investida, sendo o processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC, por ter sido reconhecida a existência de cláusula compromissória, com fundamento na cláusula arbitral 58

⁶²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Processo Arbitral Coletivo: Reflexão Sob a Ótica da Segurança e da Confiança. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDEZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 178.

⁶²⁸ Para informar-se a respeito da crescente utilização da cláusula arbitral no setor, ver: PARGENDLER, Mariana *et al.* Cláusulas Arbitrais em Números no Mercado de Capitais Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 19, 75, 2022, p. 59-69.

⁶²⁹ WATANABE, Kazuo; GABBAY. **Op. Cit.**, p. 68.

⁶³⁰ FOLHA DE S. PAULO. **Acordo da Petrobras Para Encerrar Ação é o Maior de Estrangeira nos EUA, de 03 de janeiro de 2018**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1947735-advogados-americanos-comemoram-vitoria-historica-contra-petrobras.shtml>>. Acesso em: 28.06.2022.

do Estatuto Social da Petrobras. Houve interposição de apelação, porém não houve oportunidade para o Tribunal de Justiça de São Paulo manifestar-se sobre o conhecimento e mérito do recurso, uma vez que houve a homologação do pedido de desistência.

O pedido de instituição de arbitragem feito pelo grupo de investidores minoritários⁶³¹ foi formulado junto à Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM/B3), sob o argumento de ter ocorrido uma drástica redução no valor das ações da companhia após a deflagração de irregularidades cometidas por alguns de seus diretores no âmbito da Operação Lava Jato.⁶³²

Além disso, outro caso de relevo foi recentemente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça por provocação da empresa JBS. Com a finalidade de apurar responsabilidade civil decorrente da prática de ilícitos indicados nos acordos de delação premiada e de leniência firmados com o Ministério Público Federal, dois procedimentos arbitrais foram abertos perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, um pelos acionistas minoritários representados pela gestora de recursos SPS Capital e também por um investidor individualmente, e outro pela própria empresa JBS.⁶³³

Foi configurado conflito positivo de competência, porque os dois tribunais arbitrais consideraram-se competentes para dirimir as disputadas que a eles foram submetidas, de modo a suscitar indesejado risco de decisões conflitantes entre si.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 185.702-DF, decidiu que, em regra, a demanda referente à reparação de danos causados ao patrimônio social por atos praticados por administradores deve ser proposta pela companhia lesada, que é a titular do direito material violado. Apenas em razão da inércia da companhia é que os acionistas poderiam atuar, na forma da lei, em caráter de legitimados extraordinários. Como a propositura da demanda em análise necessita da deliberação da companhia por meio de assembleia geral, restou acertadamente decidido que a medida depende “da deliberação autorizativa e, passados os três meses subsequentes, a titular do direito não ter promovido a

⁶³¹ Peter Sester prefere evitar o uso da palavra “minoritário”. Nas palavras dele: “Ao contrário do habitual, prefiro evitar o uso da palavra minoritário, por entender ser uma palavra sugestiva. Prefiro o termo técnico os economistas e agentes do mercador. Eles usam a expressão acionistas de portfólio ou de carteira, que são, em regra, investidores sofisticados (e.g., fundos de investimentos, fundos soberanos, ‘family offices’, seguros, investidores institucionais em geral), que não se confundem com amadores ou consumidores”. SESTER, Peter. O Efeito *Erga Omnes* da Arbitragem Coletiva. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; GUIMARÃES, Márcio Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 94.

⁶³² VALOR ECONÔMICO. **Petrobras é Alvo de Nova Arbitragem, de 06 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/06/petrobras-e-alvo-de-nova-arbitragem.ghtml>>. Acesso em: 28.06.2022.

⁶³³ MIGALHAS. **STJ Considera Ilegítima Arbitragem Requerida Por Minoritários da JBS, de 23 de junho de 2022**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/368445/stj-considera-ilegitima-arbitragem-requerida-por-minoritarios-da-jbs>>. Acesso em: 27.01.2023.

medida judicial/arbitral cabível; ou, mesmo da deliberação negativa, termos a partir dos quais é possível cogitar na abertura da via da ação social ‘ut singuli’⁶³⁴.

Posteriormente, foi realizado um acordo pela holding J&F, dos irmãos Joesley e Wesley Batista, para pagar para a controlada JBS o valor de R\$ 543 milhões, pondo fim ao procedimento arbitral nº 186/2021, que tramitava na CAM. Para fins de registro, esse acordo foi bastante criticado pelo grupo de sócios minoritários sob a alegação de que o valor transacionado ficou muito abaixo dos prejuízos causados,⁶³⁵ o que reforça a necessidade de se promover o controle arbitral da representatividade adequada, nos termos abordados no *item* 4.7 e no Anteprojeto de Lei contido no Anexo.

Caso ainda mais recente, porém igualmente dotado de relevância e complexidade, diz respeito à abertura de arbitragem coletiva na Câmara B3, a CAM, pelo Instituto Ibero-Americano Empresa em face da Americanas, alegando prejuízos causados por inconsistências contábeis na ordem de R\$500 milhões. A alegação apresentada é a de que os investidores foram induzidos a erro ao confiarem em informações oficiais divulgadas pela empresa. Ocorre que, por confiarem nessas informações, os investidores adquiriram ações e, tão logo, viram os preços derreterem com a revelação do rombo inicialmente apresentado na casa de R\$20 bilhões,⁶³⁶ cujo valor real pode ser ainda maior.

Independentemente da possibilidade de serem abertas arbitragens multipartes, como, por exemplo, provenientes de grupos de investidores lesados, no qual os autores atuam em nome próprio na defesa de direito próprio, o certo é que entidades que sejam legitimadas à propositura da ação civil pública podem demandar em sede de arbitragem coletiva também, atuando em nome próprio, mas visando a tutela do direito dos investidores acionistas.

A arbitragem coletiva, em casos como esses, talvez seja a única alternativa para o pequeno investidor lesado ou ameaçado de lesão obter amplo acesso à justiça, já que todas as empresas classificadas com este nível e as relacionadas no novo mercado devem ser

⁶³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Conflito de Competência 185.702-DF, de 22 de junho de 2022.** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2186844&tipo=0&nreg=202200232916&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220630&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27.01.2023. Ver: PIRES, Catarino Monteiro. A Decisão do Superior Tribunal de Justiça Relativa ao Conflito de Competência nº 175.802/DF, de 30 de Junho de 2022: Uma Releitura do Princípio Competência-Competência? **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 19, 76, 2022, p. 98-122.

⁶³⁵ INFOMONEY. **Minoritários Criticam Termos do Acordo Para Encerrar Arbitragem Entre JBS (JBSS3) e J&F, de 26 de dezembro de 2022.** Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/minoritarios-criticam-terminos-do-acordo-para-encerrar-arbitragem-entre-jbs-jbss3-e-jf/>>. Acesso em: 27.01.2023.

⁶³⁶ BACELO, Joice. Valor Econômico. **Investidores Tentam Abrir Nova Arbitragem Contra Americanas, de 26 de janeiro de 2023.** Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/01/26/investidores-tentam-abrir-nova-arbitragem-contra-americanas.ghtml>>. Acesso em: 27.01.2023.

demandadas na câmara de arbitragem da B3,⁶³⁷ não podendo, assim, valer-se da via judicial para buscar a tutela de seu direito, e, por outro lado, a arbitragem individual tende a ser a eles inviável pelos altos custos que apresenta,⁶³⁸ sendo que essas situações podem ser caracterizadas como obstáculos ao acesso à justiça.⁶³⁹

Em relação à arbitralidade subjetiva, os legitimados a celebrarem a convenção de arbitragem são todos aqueles previstos no art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, tanto os órgãos públicos que podem realizar termo de ajustamento de conduta quanto os demais legitimados listados que não possuem essa atribuição específica prevista em lei, a exemplo da representação exercida por associação em matéria que envolve o interesse de grupo minoritário de sócios.

Em suma, “trata-se apenas de conferir ao legitimado a mesma prerrogativa da qual goza em nível judicial, qual seja atuar como autor de ação em defesa dos substituídos ou representados”.⁶⁴⁰ O microsistema de processo coletivo permite que a relação dos legitimados à propositura da ação civil pública seja transferida para arbitragem coletiva, por meio da utilização da técnica de representação processual, cujos aspectos tendentes ao consentimento, ao contraditório, ao aperfeiçoamento da participação e a produção dos efeitos da sentença arbitral coletiva serão pormenorizadamente abordados adiante.

Uma situação relevante, de ordem mais prática do que jurídica,⁶⁴¹ que também precisa ser considerada, diz respeito ao pagamento das custas e despesas da arbitragem

⁶³⁷ “Art. 39. O estatuto social deve contemplar cláusula compromissória dispondo que a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, se houver, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores e membros do conselho fiscal, e em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei nº 6.385/76, na Lei nº 6.404/76, no estatuto social da companhia, nas normas editadas pelo CMN, pelo BCB e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste regulamento, dos demais regulamentos da B3 e do contrato de participação no Novo Mercado”. B3 – BOLSA BRASIL BALCÃO. **Regulamento do Novo Mercado, de 03 de outubro de 2017.** Disponível em: <<https://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20%28Sancoes%20pecuniarias%202019%29.pdf>>. Acesso em: 27.01.2023.

⁶³⁸ BACELO, Joice. **Op. Cit.**

⁶³⁹ “Não admitir a possibilidade de arbitragem coletiva, mesmo tratando-se de interesse coletivo ‘stricto sensu’ de natureza patrimonial disponível ou direitos individuais homogêneos, seria uma gritante denegação de justiça em virtude das enormes dificuldades já mencionadas, de os acionistas minoritários promoverem, sozinhos ou mesmo em litisconsórcio, a arbitragem singular, principalmente nas companhias abertas e com ações com grande dispersão no mercado”. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Admissibilidade da Arbitragem Coletiva Societária, p. 26.

⁶⁴⁰ MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 79.

⁶⁴¹ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura. **Tese de Doutorado.** Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 164. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9318/1/Andre%20Roque_Final.pdf>. Acesso em: 28.10.2022.

coletiva, sendo recomendável o tratamento específico do assunto na convenção de arbitragem ou em qualquer outro momento futuro, em razão da ausência de previsão legal.

Tendo em vista a liberdade conferida pela autonomia privada, as partes podem prever regras atinentes ao assunto independentemente do resultado final da demanda,⁶⁴² ou, se for o caso, aderirem ao que estiver disciplinando no regulamento da câmara arbitral.

No silêncio das partes na regulamentação da questão, ou quando a regulamentação realizada se mostrar insuficiente, a responsabilidade sobre o pagamento das custas e despesas será estabelecida em sentença arbitral, nos termos o art. 27 a LArb.

Entretanto, se comparado o sistema de custas e despesas aplicáveis à arbitragem com aquele situado no plano judicial, pode parecer pouco crível do ponto de vista econômico que as partes litigantes possam abrir mão da tutela jurisdicional prestada por este último meio em prol daquele, já que o autor das ações coletivas goza isenção, salvo na hipótese em que for condenado pela prática de má-fé (art. 5º, LXXIII, da CF, art. 18 da LACP e art. 87, *caput*, do CDC), assim como também o custo elevado do processo arbitral pode afastar o seu uso.

Ocorre que, segundo André Vasconcelos Roque, é preciso estabelecer, com razão, a seguinte premissa para que qualquer representante considere a viabilidade prática da arbitragem coletiva: “o regime de isenção previsto na legislação para as ações coletivas judiciais deve ser ampliado para a arbitragem em tema de direitos coletivos ou o instituto ficará irremediavelmente fadado ao desuso”.⁶⁴³

Outra possibilidade é a de que as despesas do processo arbitral venham a ser financiadas por terceiros (*third-party funding*)⁶⁴⁴ – que poderá ser um escritório de advocacia, uma seguradora ou uma instituição interessada em investir no litígio, ou melhor, em sua forma de solucioná-lo⁶⁴⁵ – incluídas aí as taxas de administração da câmara arbitral, os honorários dos árbitros e peritos, bem como o ressarcimento das despesas da parte contrária quando o financiado restar vencido no processo. Importa frisar, ainda, que a remuneração do

⁶⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 213.

⁶⁴³ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura, p. 154.

⁶⁴⁴ Ver: JASPER, Eric Hadmann; RODRIGUES, Vivian. Valor Econômico. **Financiamentos de Litígios: Riscos e Oportunidades**, de 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/04/financiamento-de-litigios-riscos-e-oportunidades.ghtml>>. Acesso em: 24.04.2023.

⁶⁴⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura, p. 166.

terceiro financiador costuma ocorrer *ad exitum*, com base no direcionamento de uma fração do crédito reconhecido na sentença arbitral.⁶⁴⁶

Hipótese que frequentemente tem surgido em arbitragens individuais e que também pode surgir em arbitragens coletivas versa sobre a alegação de hipossuficiência econômica de uma das partes após a assinatura da convenção arbitral, não tendo assim condições suficientes para realizar o pagamento das custas provenientes da arbitragem. Isso permite a declaração de nulidade da cláusula arbitral?

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁴⁷ e do Superior Tribunal de Justiça,⁶⁴⁸ a resposta é negativa, por considerar que a parte, no momento em que assinou a convenção arbitral, já tinha conhecimento dos custos do processo, de

⁶⁴⁶ MOREIRA NETO, Júnior Alexandre. A Figura do *Third-Party Funding* no Processo Arbitral Brasileiro: Natureza Jurídica do Contrato de Financiamento e os Efeitos Processuais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 18, 69, 2021, p. 29.

⁶⁴⁷ “Apelação - Ação declaratória de nulidade/anulabilidade de ato assemblear, c/c obrigação de fazer e substitutiva de declaração de vontade - Sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, ante a existência de cláusula compromissória em acordo de acionistas - Previsão de submissão de eventuais conflitos envolvendo a avença à arbitragem - Pretensão de que seja afastada a referida cláusula, em razão da ausência de condições financeiras para custeio do procedimento arbitral - Justificativa que não se mostra suficiente à anulação da cláusula, seja porque a parte já tinha conhecimento dos custos, seja porque o processo arbitral não está submetido à política do amplo acesso - Autor, ademais, que se intitula grande acionista da maior Companhia de cachaça do mundo e que, por certo, percebe dividendos expressivos que lhe permitem suportar as despesas do procedimento arbitral - Extinção do processo mantida. RECURSO IMPROVIDO”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1002077-20.2021.8.26.0457**. Relator: Desembargador Jorge Tosta, de 29 de março de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15535937&cdForo=0>>. Acesso em: 24.04.2023.

⁶⁴⁸ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. AFASTAMENTO. FALÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. 1. Recurso especial interposto em 16/4/2021 e concluso ao gabinete em 23/9/2021. 2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) a apelação interposta é intempestiva; b) há ausência de prestação jurisdicional; e c) a convenção de arbitragem pode ser afastada pela jurisdição estatal, sob o argumento de hipossuficiência financeira da empresa, que teve falência decretada. 3. “A reforma do aresto no tocante à alegada intempestividade da apelação, a fim de modificar a conclusão da origem, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.” (AgInt no REsp n. 1.537.498/AP, Quarta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 1/8/2018.). 4. Não se pode conhecer da apontada violação ao art. 1.022, pois analisadas e discutidas as questões de mérito, fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional. 5. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitá-la para a resolução dos conflitos daí decorrentes. 6. Como regra, tem-se que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, incluindo decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz). 7. Diante da falência de uma das contratantes que firmou cláusula compromissória, o princípio da Kompetenz-Kompetenz deve ser respeitado, impondo ao árbitro avaliar a viabilidade ou não da instauração da arbitragem. 8. Os pedidos da inicial não buscam nenhum tipo de medida cautelar que possa excepcionar o juízo arbitral; ao contrário, pretende a parte discutir o próprio conteúdo do contrato que abarca cláusula compromissória, almejando a substituição da jurisdição arbitral pela estatal. 9. Ausência de situação excepcional que permita o ajuizamento de medida cautelar junto à Justiça Estatal, devendo prevalecer a competência do juízo arbitral. 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.959.435/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, de 30 de agosto e 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102897496&dt_publicacao=01/09/2022>. Acesso em: 24.04.2023.

maneira a caracterizar a prática de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), violadora ao princípio da boa-fé objetiva, tal como tem ocorrido nos casos de recuperação judicial ou de decretação de falência.⁶⁴⁹

Inclusive, não cabe ao Poder Judiciário analisar esse tipo de questão antes de a jurisdição arbitral já ter sido prestada, em consideração ao princípio da competência-competência. Cabe aos árbitros enfrentar todas as questões relacionadas ao exercício de sua jurisdição, ante a renúncia ao processo estatal, realizando, pois, o controle de sua própria atividade.

O controle externo da atividade arbitral deve ser realizado apenas posteriormente, mas de forma criteriosa, sem adentrar ao mérito da decisão, nos termos da lei, uma vez que “o mero arrependimento da opção e arbitrar; a infundada discordância com o desenvolvimento da arbitragem e, especialmente, a má-fé diante de uma situação desfavorável não podem justificar interferências externas”.⁶⁵⁰

Para finalizar este *item* passa-se a analisar as vantagens da utilização da arbitragem coletiva, em comparação ao outro método heterocompositivo de solução de controvérsias, que é o judicial, uma vez que, a verificação de vantagens de um método sobre o outro só pode ser levada a sério quando existir semelhança entre eles, tendo ambos (arbitragem e processo judicial), no presente caso, a mesma finalidade: prestar tutela jurisdicional.

A primeira vantagem competitiva a favor da arbitragem é a especialização do órgão julgador. Ao passo que, no Poder Judiciário, as partes litigantes não podem escolher o juiz da causa, pena de violar o princípio do juiz natural, na arbitragem a escolha consensual do árbitro é fundamental, sendo baseada intrinsecamente em dois fatores: a confiança depositada pelas partes e a *expertise* do árbitro na matéria controvertida. Daí ser muito comum e reverberada a frase de que a arbitragem vale o que vale o árbitro.

Esse fator é decisivo para a produção do melhor resultado possível também em razão de duas vantagens: (i) a especialização do árbitro permite maior controle sobre a prova pericial, bem como quanto à sua confidencialidade e às consistências das conclusões apresentadas; e (ii) a prolação de decisões dotadas de maior robustez, com a exaustiva análise

⁶⁴⁹ Enunciado nº 6 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho Nacional de Justiça: “o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”.

⁶⁵⁰ MEIJAS, Lucas Britto. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

das questões tratadas em contraditório, de modo a qualificar as conclusões lançadas ao final do procedimento.⁶⁵¹

Vale ressaltar que o modelo de árbitro ideal variou ao longo dos anos. No século passado, em período de tempo que perdurou até meados da década de setenta, surgiu a primeira geração de árbitros, denominada *Grand Old Men*, cujo parâmetro de atuação era daquele profissional que possuía destaque em sua carreira, o que compreendia a inclusão em seu âmbito de acadêmicos de destaque, juízes de cortes superiores e advogados renomados.⁶⁵²

De meados da década de setenta até os anos noventa, a carreira do árbitro deixa de ser analisada e configurada com base em sua atuação em outra espécie de atividade, pelo menos passou a ser assim de forma preponderante. Essa geração foi chamada de “árbitros tecnocratas”, porque a concepção do árbitro ideal era daquele profissional que desenvolvia as suas atividades em torna da arbitragem e que apresentava conhecimento específico a respeito da técnica a ser empregada no procedimento arbitral.⁶⁵³

A partir do início da segunda década do presente século, houve uma nova alteração no modelo de árbitro ideal. Essa terceira geração de árbitros recebeu o nome de *Managers*, por predominar a percepção de que o árbitro deve ser um “administrador profissional de disputas”, com a “capacidade de organizar o procedimento, bem como de identificar e solucionar problemas com eficiência”.⁶⁵⁴

Isso quer dizer que o árbitro atuante em uma arbitragem coletiva deve ser um profissional especializado na matéria em disputa, que apresente sólido conhecimento sobre o direito, que organize o procedimento de modo eficiente e que tenha condições de atuar como um verdadeiro gestor do conflito. Se, no caso concreto, for impossível realizar a escolha de árbitros que sejam todos eles detentores deste perfil, mostra-se significativo que pelo menos o presidente do tribunal arbitral possua essas características.⁶⁵⁵

A especialização do árbitro, portanto, nos dias de hoje, vai além do conhecimento da matéria controvertida e das especificidades do procedimento arbitral. É preciso que aja como gestor do conflito, sem, contudo, comprometer o dever de imparcialidade. Para tanto, deverá ajustar o procedimento às especificidades do caso concreto, a fim de proferir uma sentença irradiadora de resultados úteis, com o mínimo dispêndio de tempo e de custos. A

⁶⁵¹ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva no Brasil**, p. 301.

⁶⁵² PUCCI, Adriana Noemi. O Árbitro Modelo. In: **A Arbitragem e Outros Temas de Direito Privado: Estudos em Homenagem a José Emílio Nunes Pinto**. Organizadores: MOREIRA, Ana Luiza B. M.; BERGER, Renato. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 46.

⁶⁵³ **Idem, ibidem**, p. 46.

⁶⁵⁴ **Idem, ibidem**, p. 46.

⁶⁵⁵ **Idem, ibidem**, p. 46.

busca da duração razoável do procedimento arbitral deve ser conciliada com o contraditório e, no ponto, em relação ao papel do árbitro, ao dever de escuta atenta no tocante às alegações das partes, uma vez que inexistente eficiência sem o resguardo às garantias provenientes do devido processo legal.⁶⁵⁶

A escolha do árbitro especializado na matéria em disputa e as correspondentes técnicas de efetivação, bem como da estrutura estabelecida pelas instituições arbitrais para a solução adequada dos conflitos, contrastam com o quadro verificado no Poder Judiciário.

Segundo o Relatório Analítico Propositivo *Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva*, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2018, essa discrepância pode ser evidenciada pelos seguintes dados: (i) 55% dos juízes entrevistados consideram insuficiente o número de magistrados atuantes em processos coletivos, enquanto 95% dos juízes consideraram que a quantidade de magistrados é parcialmente suficiente; e (ii) 89,3% dos juízes entrevistados não consideram plenamente adequada a formação dos magistrados quanto aos temas tratados no âmbito dos direitos coletivos.⁶⁵⁷

O reconhecimento advindo da própria magistratura a respeito da insuficiência quantitativa e qualitativa sobre os direitos coletivos e as técnicas processuais viabilizadoras de sua implementação no plano da realidade, demonstram a gravidade da situação e a necessidade de a existência de outros meios, como a arbitragem, que sejam capazes de melhor tutelar o direito coletivo.

Pense, por exemplo, à luz do cenário trazido à baila pelo relatório do CNJ, em uma ação civil pública ambiental que tenha sido ajuizada em comarca de vara única. O juízo competente para o processamento e julgamento da causa cuida de processos de temas variados, em volume de trabalho acima do aceitável em termos de eficiência, e, por conta disso, pode faltar ao magistrado tempo necessário para debruçar-se sobre o assunto e as suas nuances, de modo que isso pode vir a afetar a qualidade da decisão a ser proferida.

Pelo fato do árbitro não atuar em um número elevado de procedimentos, de ser especialista no assunto controvertido e por não ter suas decisões sujeitas a recursos, pode-se

⁶⁵⁶ PUCCI, Adriana Noemi. **Op. Cit.**, p. 56-57.

⁶⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva**, 2018, p. 125. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%20Pesquisa%20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentais%20A%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 11.08.2022.

afirmar que esses fatores tendem a contribuir para a obtenção daquilo que no Judiciário dificilmente se poderia obter: a qualidade da decisão do conflito em tempo razoável.

Outra vantagem importante da arbitragem em relação ao processo judicial é a flexibilização do procedimento. Como já destacado anteriormente, a autonomia privada é um elemento fundamental da arbitragem, que, de acordo com as características do caso concreto e dos interesses em jogo, podem personalizar o procedimento da maneira que entenderem que seja mais útil e conveniente, desde que não violem matéria de ordem pública e a legalidade ínsita ao objeto da disputa. Todo o espaço de atuação que for permitido pelo ordenamento jurídico pode ser preenchido pelas partes para a obtenção dos seus objetivos com base no que restou delineado.

Caso as partes litigantes não pudessem personalizar o procedimento arbitral, com definições a respeito da escolha dos árbitros, do número de árbitros, do direito aplicável, da sede da arbitragem, da matéria probatória, da concentração de atos em audiência, da prevalência da oralidade, etc., não se estaria a tratar de um método de solução de conflito efetivamente diferenciado, e, assim, haveria enorme probabilidade de todas as demandas serem concentradas unicamente no Poder Judiciário.

A mera troca de um meio por outro, ou, se preferir, de uma porta por outra, não seria suficiente para produzir nenhum resultado significativo, “a não ser a produção de muito barulho por nada – como expressado no título da célebre obra de Shakespeare –, ou seja, se optaria por algo que já se tem ou muito próximo ao que já se tem, caracterizando-se uma inglória busca do mais do mesmo”.⁶⁵⁸

Tanto a Lei nº 9.307/1996 quanto os regulamentos das instituições arbitrais já possuem regras abertas ao incremento do autorregramento das partes. “Uma possível forma de traduzir a flexibilidade do árbitro seria definindo-a como habilidade de adotar uma linha, determinado ritmo da arbitragem”.⁶⁵⁹ Esse ritmo, tal como ocorre nas canções e na vida, ocorre também na arbitragem. Pela dinamicidade dos acontecimentos e interesses, a solução do conflito pode exigir uma atuação mais ou menos intensa das partes, de seus advogados e dos árbitros, de acordo com condições variáveis no tempo e no espaço.

A atuação de todos esses atores do procedimento arbitral deve ser realizada sob uma perspectiva que seja ao mesmo tempo holística e especializada, para que os olhares sejam direcionados à análise do filme (fatos em movimento) e não da fotografia (fatos congelados),

⁶⁵⁸ NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SCARDOELLI, Dimas Yamada. Agronegócio e Arbitragem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista os Tribunais, vol. 1.039, 2022, p. 49.

⁶⁵⁹ PUCCI, Adriana Noemi. **Op. Cit.**, p. 57.

pois, assim, aumentam-se as possibilidades de produção de resultados desejados, ou, pela lógica inversa, diminuem-se os riscos de consequências trágicas e irreversíveis.⁶⁶⁰

4.4. DA PARTICIPAÇÃO NA ARBITRAGEM COLETIVA

Na arbitragem tradicional, cuja participação ocorre sob a ótica da bilateralidade processual, as partes atuam em nome próprio na defesa de direito igualmente próprio, de modo que se identifica uma coincidência entre quem afirma ser titular do direito e quem atua no plano processual pretendendo obter uma prestação jurisdicional favorável.

Trata-se de hipótese de legitimidade ordinária. Pode até existir a formação de litisconsórcio ativo e/ou passivo no procedimento arbitral, com a finalidade de obter harmonia decisória e economia processual,⁶⁶¹ a despeito da complexidade da causa, mas isso não o descaracteriza, por si só, como um meio de solução de conflitos individuais, pois os sujeitos são considerados partes principais, por nutrirem direta posição relacionada com o objeto do processo arbitral e a sentença arbitral produz efeitos apenas em relação a eles.⁶⁶²

Diversamente, na arbitragem coletiva a legitimidade é extraordinária. Todos os legitimados à propositura da ação coletiva têm também legitimidade para a arbitragem coletiva, de forma concorrente e disjuntiva.⁶⁶³ Cada um desses legitimados pode atuar em

⁶⁶⁰ NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SCARDOELLI, Dimas Yamada. **Agronegócio e Arbitragem**, p. 46.

⁶⁶¹ “A admissibilidade da conglomeração de dois ou mais sujeitos como demandantes ou como demandados tem ‘por fundamento’ a existência de situações da vida envolvendo mais de duas pessoas e não só duas (...); e, ‘por objetivo’, favorecer a harmonia de julgados e a economia processual. É mais econômico realizar um processo só, ainda que possa ser mais complexo e durar mais, do que fazer dois processos, com duplicação dos atos e dos custos de cada um deles. Por outro lado, é de toda conveniência evitar conflito entre julgados, que podem ser causas de injustiças e desmerecerem a seriedade das instituições judiciárias: nos casos em que as situações jurídicas materiais de dois sujeitos são interligadas com as de outros, cumprem-se mais adequadamente os objetivos da jurisdição se as situações de todos vierem a ser definidas em um só processo, por uma sentença só e sem discrepâncias ou incoerências comprometedoras. Em alguns casos, sendo mais intenso o vínculo entre dois ou mais sujeitos, ou entre os interesses que defendem, ‘prepondera o objetivo da harmonia de julgados’ (litisconsórcio unitário, julgamento necessariamente uniforme para todos os litisconsortes); onde é mais tênue a vinculação, com pretensões que se ligam por mera relação de ‘afinidade de questões’, o litisconsórcio é motivado preponderantemente pela economia dos julgados”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2, p. 341.

⁶⁶² “Essa ampla participação não se encaixa na bilateralidade do processo civil clássico. A ideia de partes do processo tem vinculação com a demanda, que por sua vez é bipolarizada: há um autor e um réu, compondo assim, respectivamente, os polos ativo e passivo. Mesmo com as hipóteses de “intervenção de terceiros” não há alteração significativa. Ou se tem, a rigor, uma nova demanda também composta por esses dois polos, ou haverá um ‘terceiro’ que se acopla a um deles, auxiliando aquela parte que lhe interessa que “vença” (assistente simples).” FERRARO, Marcela Pereira. Do Processo Bipolar a Um Processo Coletivo Estrutural. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 157. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 11.08.2022.

⁶⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência Sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 136, 2006, p. 14 (Revista dos Tribunais Online); MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas,

nome próprio no processo arbitral, mas na defesa de direito alheio. Embora nenhum legitimado seja titular exclusivo do direito coletivo controvertido, opera-se a substituição processual, não havendo semelhança, nesse ponto, com as *class actions* ou com as *class arbitrations* do direito estadunidense, em que o representante é também membro da classe que representa. Desse modo, “a coisa julgada atinge diretamente o substituído, porque dele é o direito material disputado em juízo”.⁶⁶⁴

Adaptando-se lição de Ada Pellegrini Grinover sobre o contraditório no processo coletivo, pode-se dizer que, se no processo arbitral individual o contraditório é, em regra, exercido diretamente por quem afirma ser titular do direito material, no processo da arbitragem coletiva o contraditório se manifesta pela atuação do representante dos titulares do direito coletivo. Assim, o processo arbitral coletivo, em comparação com o individual, é configurado por “uma participação maior ‘pelo’ processo, e uma participação menor ‘no’ processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado ‘representante adequado’”.⁶⁶⁵

Por conta disso, mesmo diante da existência de um representante que seja adequado, a participação não pode ser deixada não mãos de alguns poucos escolhidos, a quem o legislador conferiu legitimidade ativa, ainda que sob o papel fiscalizatório do ordenamento jurídico pelo Ministério Público, eis que isso pode ser insuficiente para atingir os resultados práticos esperados.

O ingresso de outros partícipes, respeitando os limites de admissibilidade do sistema arbitral, ao mesmo tempo em que amplia subjetivamente o processo, contribui para a

2015, p. 119. Ana Luiza Nery tem posição mais restritiva: “Entendemos que a legitimidade para celebrar convenção de arbitragem decorre do comando legal inserto no LACP art. 5º § 6º: as entidades legitimadas a propor ação civil e a celebrar compromisso de ajustamento de conduta podem, igualmente, celebrar convenção de arbitragem. Em verdade, aquele que está legalmente autorizado a celebrar negócio jurídico que põe fim à controvérsia (compromisso de ajustamento de conduta) também o estará para celebrar negócio jurídico que desloca a competência para processar e julgar o conflito (convenção de arbitragem). Se a lei permite o exercício da vontade para a composição autônoma da lide, não é razoável defender que o sistema obstará o exercício da vontade para firmar convenção de arbitragem”. NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

⁶⁶⁴ NERY, Ana Luiza; NERY JR., Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDEZZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 28.

⁶⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Coordenação: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1, p. 30. No mesmo sentido: “Ele se encontra submetido aos princípios e garantias de origem constitucional que, contudo, devem ser reinterpretados segundo a realidade do processo coletivo. Nesse sentido, não se deve considerar o devido processo legal como um obstáculo para as ações coletivas. Ao contrário do que ocorre no processo individual, o devido processo legal coletivo não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada”. ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 140. Disponível em: <https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/9318/1/Andre%20Roque_Final.pdf>. Acesso em: 28.10.2022.

qualificação do debate com a apresentação de argumentos que tenham relação com o direito controvertido e a defesa de posições que, sozinho, o representante pudesse não ter condições, ou, talvez, nem mesmo interesse em fazê-lo.

Sofia Temer, ao tratar do que ela denomina “vetores para um novo modelo de participação no processo”,⁶⁶⁶ faz referência ao processo judicial, mas os fundamentos podem e devem ser transpostos para o processo arbitral coletivo, com o propósito de assim construir um regime adequado de participação também nessa seara. Por isso, as considerações a seguir serão adaptadas para contemplarem o processo arbitral coletivo. São três os vetores por ela apresentados: (i) o da diversidade; (ii) o da responsabilidade; e (iii) o da flexibilidade.

De acordo com o vetor da diversidade, o processo é um ambiente plural, marcado pela convivência de interesses múltiplos e por pretensões formuladas no e pelo processo, num cenário de complexidade. Cuida a diversidade de “um contraponto ao modelo único de processo, destinado a um tipo de litígio, compostos pelas típicas partes”, e, por isso, contribui para que o processo possa funcionar como uma arena de discussão de temas de interesse da coletividade.⁶⁶⁷

Mesmo que a arbitragem seja um método privado de solução de conflito, o certo é que, no caso, por conta do interesse da coletividade nele presente, goza de plena aplicabilidade o princípio da publicidade, tal como quando a Administração Pública figura em um dos polos da demanda. Se incidisse o sigilo, muito dificilmente haveria condições para a ampliação dos partícipes.

Porém, à luz do princípio da publicidade, esses outros partícipes podem requerer o ingresso voluntário ao processo ou os árbitros podem requer a participação dos sujeitos que entenderem suficientemente habilitados. Em razão do interesse coletivo, recomenda-se a divulgação desta possibilidade participativa por meio de editais, de divulgação notícias na mídia escrita, falada e televisada e de publicações em *sites* e em redes sociais, desde que sob o crivo do controle dos árbitros, em observância aos limites contidos na convenção arbitral, no regimento das instituições de arbitragem e no consenso entre as partes e os árbitros.

O vetor da responsabilidade está relacionado com o dever de cooperação entre os sujeitos que atuam no processo para bem estruturá-lo e desenvolvê-lo. Para o seu correto

⁶⁶⁶ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**. Salvador: Juspodivm 2020, p. 89.

⁶⁶⁷ **Idem, ibidem**, p. 92-101. “A diversificação é importante, pois, ainda mais nos casos altamente complexos, supor que existe uma “vontade” dos grupos ou coletividades envolvidos (unitariedade) é problemático. Ademais, a amplitude abrange as próprias partes ou os afirmados titulares dos direitos, para que não falem somente por meio de seus defensores (advogados privados ou públicos, defensores públicos ou o próprio Ministério Público quando atua como legitimado coletivo), mas tenham a possibilidade de diretamente participar e negociar”. FERRARO, Marcela Pereira. **Op. Cit.**, p. 159.

funcionamento, isto é, para que a responsabilidade aconteça *no e pelo* processo, exige-se o respeito a três princípios fundamentais contidos no âmago do modelo constitucional de processo, a saber: a cooperação, a boa-fé e o contraditório.⁶⁶⁸

A cooperação gera maior equilíbrio entre os sujeitos do processo, porque passam a atuar sob o prisma da comunidade de trabalho, em um ambiente cuja atuação deve ser pautada por um padrão ético de conduta. O processo se desenvolve em contraditório inclusive para o órgão julgador, o que é feito por meio do diálogo,⁶⁶⁹ acarretando a indispensável observância da garantia de participação com influência.

Em razão disso, com o repartimento das funções, todos os sujeitos que dele participam ficam responsáveis pelo procedimento e pelos resultados obtidos. Não há um único protagonista. “Todos os sujeitos assumem a função de coautores da norma, não apenas quanto ao conteúdo do ato decisório, mas também quanto à própria estruturação do processo”.⁶⁷⁰

No que se refere ao vetor da flexibilidade, permite-se a adaptabilidade procedimental às exigências apresentadas pelo caso concreto, às finalidades pretendidas e ao modo pelo qual deve ser prestada a tutela jurisdicional. Essa flexibilidade, antes de gerar insegurança jurídica causada pela modificação de regulamentações previamente estabelecidas, como nos regimentos de instituições arbitrais, a fortalece, pois resulta do consenso dos sujeitos processuais. Por mais que regulamentos e árbitros exerçam importantes papéis para a produção de resultados justos e úteis, a atuação conjunta com os demais sujeitos enriquece ainda mais o processo ao trazer para o seu âmbito variadas possibilidades.⁶⁷¹

É que, numa perspectiva democrática, não se pode perder de vista a possibilidade de atuação concorrente tanto daquele que é afetado pelo objeto litigioso quanto de terceiros que tenham interesse no modo de resolução do conflito, embora o ingresso deva acontecer de forma criteriosa e responsiva.⁶⁷²

⁶⁶⁸ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 101.

⁶⁶⁹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Processo Civil Democrático, Contraditório e Novo Código de Processo Civil*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256 (Revista dos Tribunais Online).

⁶⁷⁰ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 105.

⁶⁷¹ **Idem, ibidem**, p. 105.

⁶⁷² “No direito brasileiro, especialmente na tutela coletiva de direitos, a participação dos reais afetados pela situação de vulneração de direitos, em decorrência da matriz individual bipolar que permeia o Direito Processual Civil, é reduzida ou inexistente. Esses titulares de direito material acabam por ficar alijados, desconectados do conflito na seara processual. Há um verdadeiro distanciamento entre o direito a ser tutelado e os interesses dos afetados pelo provimento jurisdicional, criando-se uma cisão entre os interesses desses titulares e os tutelados no processo”. COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação: Proposições Para o Desenvolvimento de Uma Teoria Acerca dos Processos Estruturais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 109.

Acontece que uma abertura participativa ilimitada tornará o procedimento da arbitragem coletiva inviável – assim como qualquer outro meio de solução de conflitos. Dar voz e vez para que todos possam participar do procedimento, certamente tende a excluir todas as vantagens projetadas pelo uso da arbitragem, as quais seriam colocadas de lado e passariam a ser ocupadas pelo tumulto, pela morosidade, pela desorganização, pela ineficiência e pelo aumento exponencial de custos. Seria um preço caro demais para se pagar o de se deparar com frustrações oriundas da sensação de eternização do litígio.

Daí a necessidade de se empreender esforços para compatibilizar a arbitragem coletiva ao devido processo legal e isso passa pela defesa da aferição de decisões baseadas em razões públicas⁶⁷³ e não na tentativa inalcançável de representar posições antagônicas de pessoas integrantes a um mesmo grupo.

É de fácil constatação que a maior dificuldade não está no exercício do contraditório entre o legitimado ativo e o passivo, porque isso se desenvolve sem grandes alterações em relação ao que ocorre com a arbitragem tradicional voltada à solução de disputas individuais. A complexidade advém justamente da necessidade de se aferir quem e como podem participar do processo em prol da construção cooperativa de uma decisão justa.⁶⁷⁴

Não basta a transposição das garantias processuais aplicáveis ao processo arbitral de cunho individual ao processo da arbitragem coletiva e pensar que ao agir desse modo simplesmente já se estariam resolvidos os problemas de representação e contraditório. Se essa transposição de garantias processuais for feita de forma irrefletida e automática, com desprezo às diferenças presentes no direito material e nas técnicas processuais necessárias para tutelá-lo, melhor será deixar que a tutela do direito coletivo seja realizada em outra via que não a arbitral.

Por isso, exige-se que a leitura do devido processo legal implique um redimensionamento ao contraditório, que o amplie e ao mesmo tempo estabeleça critérios que

⁶⁷³ “O incremento da participação, sem critério limitadores, põe em risco a própria realização do direito material ou dos interesses perseguidos pelo sujeito (sobretudo se considerado o aspecto temporal de sua declaração e/ou satisfação), não sendo possível estabelecer, ademais, uma vinculação direta e proporcional entre participação, democracia e satisfação pessoal. Para comprovar o ponto, e tratando apenas de uma das vertentes da relativização pleno no processo, destacamos a teoria das razões públicas, que, por defender que a legitimidade das decisões deve ser aferida pelo fato de serem fundadas em razões públicas, valora positivamente participações que possa contribuir objetivamente para o debate que ocorre no processo, afastando-se, portanto, do modelo baseado em consentimento e pessoalidade. Tal perspectiva, aliás, possui similaridades com a ideia de representação de interesses, e não de pessoas”. TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 327.

⁶⁷⁴ VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 164.

contribuam para a legitimação democrática da arbitragem coletiva, sob o império da representação de argumentos cooperativos destinados à prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade melhor do que àquela que poderia ser prestada judicialmente.

4.5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO ARBITRAL

A origem do devido processo legal remonta ao art. 39 da Magna Carta de João Sem Terra, datada de 1215, quando se referiu ao *law of the land*.⁶⁷⁵

Posteriormente, foi previsto no art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o garantiu ao estabelecer que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Na Constituição Federal de 1988, há referência expressa ao devido processo legal no Brasil no art. 5º, LIV, ao prever que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Cuida o devido processo legal de um “superprincípio”,⁶⁷⁶ que, diante de sua expressiva dimensão, pode ser analisado sob dois prismas distintos: o devido processo legal formal (*procedural due process*) e o devido processo legal substantivo ou material (*substantive due process*).

Por força da sua abrangência na dimensão formal, dele decorrem todos os demais princípios processuais fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, a igualdade processual, a publicidade, a motivação das decisões judiciais, a duração razoável do processo, o juiz natural, a proibição de provas ilícitas e a assistência jurídica integral, entre outros.

Trata-se de um conteúdo que deve ser desenvolvido em consonância com o modelo constitucional de processo civil,⁶⁷⁷ sendo, inclusive, chamado por parte da doutrina de devido processo constitucional.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Op. Cit.**, p. 93; “[...] assegurava-se, pois, que nenhum “homem livre” seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade -, sem que antes tivesse sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (judgement of his peers) e o respeito à lei da terra (law of the land). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais”. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 156.

⁶⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, p. 24.

⁶⁷⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1, págs. 128 e ss.

Esses elementos compõem o perfil do devido processo legal, a partir do qual pode ser verificada a existência da justa estruturação do processo, de modo a legitimar o exercício da jurisdição e conferir proteção às partes diante de quem exerce o poder jurisdicional.⁶⁷⁹

Tanto é que se o constituinte de 1988 tivesse optado por prever apenas o princípio do devido processo legal, sem fazer qualquer espécie de menção aos demais princípios, não se poderia negar que ainda assim teriam eles aplicabilidade por decorrerem do primeiro,⁶⁸⁰ por se tratar de um princípio-síntese.⁶⁸¹

Desse modo, os resultados obtidos no e pelo processo somente serão considerados válidos se tiverem sido obtidos de acordo com as “regras do jogo” previamente estabelecidas. Se um processo tramitar em desconformidade com o devido processo legal, pode até ser que viabilize a obtenção de aparentes bons resultados, mas não haverá que se falar em outra coisa senão em um simulacro de processo, havendo, portanto, que se consagrar o respeito a todos os princípios processuais constitucionais decorrentes do devido processo legal.⁶⁸²

Não há que confundi-lo com a observância estrita da lei, de forma a se enxergá-lo tal como se fosse o princípio da legalidade, nem mesmo pode ser considerado como a mera preservação do rito. O princípio é produto da história, da razão, do fluxo de decisões passadas

⁶⁷⁸ Para Calmon de Passos, a partir do Pós-Segunda Guerra Mundial, “a noção do ‘devido processo legal’, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente do ‘devido processo constitucional’. Compreendido o direito como algo não ‘dado’ aos homens pela natureza mas por eles ‘produzido’, revelou-se fundamental entender o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto ‘estabelecido constitucionalmente para sua produção’, em qualquer de seus níveis”. PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, nº 1, 2001, p. 5. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5186657/mod_resource/content/1/J.%20J.%20Calmon%20de%20Passos%20-%20Instrumentalidade%20do%20processo%20e%20devido%20processo%20legal.pdf>. Acesso em: 28.07.2002; CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão Processual do Devido Processo Constitucional. **Novo CPC Doutrina Selecionada: Parte Geral**. DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016, 370.

⁶⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, p. 488-491.

⁶⁸⁰ “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal e o caput e a maioria dos incisos seriam absolutamente despididos. De todo o modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º da CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. NERY JUNIOR, Nelson. **Op. Cit.**, p. 92.

⁶⁸¹ “[...] em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com as regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, ‘participação’. O princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, v. 1, p. 141.

⁶⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, p. 26.

e da inabalável confiança na força da fé democrática. Devido processo legal não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo de adaptação que envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo.⁶⁸³ É uma obra em eterno estágio de progresso.⁶⁸⁴

Além de sua aplicação no processo judicial e no procedimento administrativo – sem nunca desprezar o conjunto de princípios-garantias que a ele são inerentes –, destina-se, ainda, a limitar o poder de legislar e a garantir o respeito dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.⁶⁸⁵

Nos dias de hoje, o devido processo legal encontra-se adaptado à instrumentalidade e, por isso, preocupa-se com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, e com a efetiva igualização das partes no debate judicial.⁶⁸⁶

Por outro lado, a dimensão substancial do devido processo legal evidencia que o seu conteúdo foi-se modificando no tempo, para permitir uma interpretação o mais abrangente possível no tocante à concretização dos direitos fundamentais,⁶⁸⁷ na medida em que constitui fundamento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁶⁸⁸

Embora o devido processo legal seja um conceito histórico e relativo, podendo variar de acordo com a evolução jurídica e política de um determinado país,⁶⁸⁹ a sua dimensão substancial, na atualidade, atua como uma garantia de limitação ao poder estatal, autorizando o julgador a aferir a razoabilidade das leis e a discricionariedade dos atos administrativos, ou seja, o exercício do conteúdo do próprio ato em si, a fim de atribuir conformidade substancial e não somente formal à Constituição Federal.⁶⁹⁰

⁶⁸³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 147.

⁶⁸⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p. 66.

⁶⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Op. Cit.**, p. 54.

⁶⁸⁶ PORTANOVA, Rui. **Op. Cit.**, p. 147.

⁶⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Op. Cit.**, p. 96.

⁶⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.402/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, de 07 de março de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347034>>. Acesso em: 05.09.2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 374.981/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, de 28 de março de 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho47278/false>>. Acesso em: 05.09.2022. Em sentido contrário, sustentando que o fundamento reside na posituação dos princípios da liberdade e igualdade em conjunto com as finalidades estatais: ÁVILA, Humberto. O Que É “Devido Processo Legal”? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 163, 2008, p. 7.

⁶⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

⁶⁹⁰ Para uma análise da aplicabilidade do devido processo legal substantivo na jurisprudência do STF, ver: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 Anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 5, nº 59, abril 2004. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/639>>. Acesso em: 05.09.2022.

O princípio também é aplicado ao processo arbitral,⁶⁹¹ de modo a delinear um devido processo legal arbitral como parte de um modelo constitucional de processo arbitral,⁶⁹² e nem poderia ser de outro modo, porque se trata de direito fundamental aplicável também nas relações entre particulares,⁶⁹³ incluindo aí as estipulações contratuais que elegem a arbitragem como meio adequado de solução de conflito, que culminará com a prestação de tutela jurisdicional privada.

Como previsto no art. 21, § 2º, da LArb: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e de seu livre convencimento”. Ainda que esse dispositivo não estivesse previsto na LArb, os princípios constitucionais processuais de tais garantias deveriam ser observados do mesmo modo,⁶⁹⁴ porque é a Constituição que modela o jeito de ser da legislação infraconstitucional e não o contrário, exigindo-se que esta guarde com àquela compatibilidade vertical, sem a qual será repesada no plano da validade.

Esses princípios referidos no dispositivo fazem parte do conteúdo do devido processo legal e compõem uma espécie de perfil mínimo ou de redução mínima,⁶⁹⁵ não podendo ser afastados mesmo diante de manifestação da vontade das partes em sentido contrário, sob a justificativa de se buscar maior celeridade, economia processual ou a flexibilização ilimitada do procedimento, por ser norma cogente, que funciona como um

⁶⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de Emendas e Alterações a Pedidos e o Princípio da Estabilização no Procedimento Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 35, p. 5, 2012 (Revista dos Tribunais Online).

⁶⁹² “Em nosso entender, o modelo constitucional de processo se aplica à arbitragem, razão pela qual se pode falar em modelo constitucional de processo arbitral’. Isso pode ser justificado em razão da natureza jurisdicional da arbitragem, da necessidade de qualquer processo jurisdicional observar os direitos e as garantias previstos na Constituição da República e, ainda da expressa previsão no § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem de princípios que integram o modelo constitucional de processo; O mencionado dispositivo estatui, exemplificativamente, que ‘serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento’. ‘Trata-se do modelo constitucional de processo arbitral, cujo primeiro aspecto é o respeito ao devido processo legal na arbitragem, independentemente de previsão legal ou regulamentar específicas’”. FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Op. Cit.**, p. 146.

⁶⁹³ Ver: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre os Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direitos Privados: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, 2000 (Revista dos Tribunais Online).

⁶⁹⁴ “Esse dispositivo é praticamente inócuo no sistema do processo arbitral porque, com ele ou sem ele, os princípios constitucionais portadores de tais garantias impor-se-iam do mesmo modo. O Código de Processo Civil não contém dispositivo algum como esse e ninguém dúvida de que seja regido pelos grandes princípios e garantias constitucionais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de Emendas e Alterações a Pedidos e o Princípio da Estabilização no Procedimento Arbitral, p. 5 (Revista dos Tribunais Online).

⁶⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 293; ALVES, Rafael Francisco. **Op. Cit.**, p. 4.

limite intransponível à vontade das partes ou à atuação do árbitro ou à ausência de eventual regulamentação específica na Lei de Arbitragem quanto ao seu sentido, conteúdo e alcance.

Nesse ponto, as experiências bem sucedidas realizadas na esfera judicial pela aplicação do Código de Processo Civil e de outras leis processuais civis esparsas, como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, podem vir a ser transpostas para a arbitragem, embora, para tanto, se reconheça que nem todas elas possam ser aplicadas e que seja preciso fazer ajustes críticos e reflexivos por conta das especificidades contidas em cada um deles. Ao mesmo tempo em que se reconhece a autonomia da arbitragem em relação ao processo civil, há que se ter equilíbrio e cautela para definir o que do sistema processual civil pode ser aplicado ao sistema arbitral,⁶⁹⁶ com o devido cuidado para não descaracterizá-lo, numa relação não excludente, mas de conectividade, de diálogo e de ganho mútuo.

Os deveres de cuidado e de respeito sobre o limite e a extensão da autonomia privada devem sempre estar relacionados com a necessidade de observar-se o “núcleo duro” do devido processo legal.⁶⁹⁷ Para tanto, tem-se que é possível fazer um paralelo com o procedimento arbitral do qual a Administração Pública seja parte, na medida em que a arbitragem precisa ser de direito e respeitar o princípio da publicidade, entretanto, sem trazer para essa esfera as regras procedimentais favoráveis à Administração Pública aplicáveis na jurisdição estatal, como contagem de prazo em dobro ou o duplo grau de jurisdição necessário.⁶⁹⁸

Certamente, não é a inteireza das legislações aplicáveis ao processo coletivo judicial que pode ser aplicada à arbitragem, salvo se as partes assim tiverem convencionado. São os princípios processuais previstos na Constituição Federal e regulamentados na

⁶⁹⁶ “O ponto de equilíbrio entre esses dois vetores (informalidade e flexibilização versus garantias constitucionais) nem sempre é algo fácil de se obter. Para a obtenção desse ponto de equilíbrio – ou seja, para assegurar que a simplificação e informalidade inerentes à arbitragem não firam as garantias constitucionais do processo – não basta a mera transposição dos preceitos do processo civil para o processo arbitral, pois o Direito Processual Civil foi construído para regulamentar o processo estatal, necessariamente muito mais rígido e formal. Afigura-se, assim, existir espaço para a delimitação de um novo ramo do Direito Processual: o Direito Processual Arbitral, cujo escopo seria – fundamentalmente – a transposição e adaptação das garantias constitucionais do processo (já consolidadas no âmbito do processo civil), para a rica e peculiar realidade da arbitragem”. ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. *Direito Processual Arbitral: Natureza Processual da Relação Jurídica Arbitral e Incidência do Direito Constitucional Processual*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, 2014, p. 382.

⁶⁹⁷ “Considerando a natureza jurisdicional da arbitragem e a eficácia vinculante da convenção arbitral, não há por que se excluir o acesso à arbitragem pela via coletiva, nem há razão para se transpor todas as legislações que compõem o microsistema processual coletivo para a arbitragem, dada a natureza flexível de seu procedimento, definido pela autonomia da vontade das partes. Contudo, há um núcleo duro, garantístico, um devido processo legal mínimo, que deve ser observado para que o procedimento seja coletivo, ou seja, vá além das partes diretamente envolvidas, quer em termos de legitimidade, quer em termos de efeitos da sentença, respeitadas as garantias de igualdade, contraditório e ampla defesa” WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 72-73.

⁶⁹⁸ **Idem, ibidem**, p. 73.

legislação infraconstitucional numa perspectiva de complementação e de adequação, e os conceitos processuais consagrados ao longo da história,⁶⁹⁹ como coisa julgada, litispendência, interesse de agir, dentre outros, que podem ser transplantados para a esfera arbitral, após a sempre indispensável filtragem de tais conteúdos à luz das diferenças existentes entre as vias judicial e arbitral.

Uma vez realizados esses ajustes de forma correta, os princípios processuais⁷⁰⁰ – oriundos todos do devido processo legal – e os conceitos processuais sedimentados⁷⁰¹ podem efetivamente contribuir para que a jurisdição privada tenha condições de prestar uma tutela mais adequada ao direito material coletivo, por gozar de maior adaptabilidade proporcionada pela autonomia privada, melhor estrutura em comparação à estrutura judicial, especialização dos árbitros no que se refere à matéria controvertida, bem como pela observância das boas práticas de gestão de conflito.

Esse perfil mínimo do devido processo legal deve ser também aplicado à arbitragem coletiva, mas devendo ser consideradas as necessidades de adaptabilidade exigidas para a tutela do direito coletivo. Segundo a perspectiva atual, o devido processo legal permite que seja também considerado como “o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”.⁷⁰²

⁶⁹⁹ “O processo civil estatal tem muito a contribuir com o desenvolvimento teórico da arbitragem. Desde Oskar Von Bülow, apontado como o responsável por sistematizar o modelo de processo como relação jurídica e permitir sua separação definitiva do direito material, são cerca de dois séculos de tratamento científico do direito processual. Todos esses anos de conhecimento acumulado não podem ser desprezados por aqueles que se dedicam ao estudo desse meio extrajudicial de solução de litígios”. ARAÚJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e Devido Processo Legal**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 74.

⁷⁰⁰ “Então, a despeito de sua natureza processual, a Lei de Arbitragem não traz regras do modelo estatal. Quando o legislador arbitral se omitiu quanto a institutos processuais específicos, o fez de forma consciente. Procurou a boa técnica legislativa, sabedor de que, no que respeita à matéria processual, o sistema do processo arbitral busca influxos naquilo que o sistema do processo estatal deve ter de bom a oferecer: seus princípios. Isso é importante porque o lado ruim das mazelas da esfera estatal, das regras engessadas, o legislador arbitral as quis bem longe. Escolheu impedir que discussões teóricas e intermináveis sobre conceitos e institutos processuais migrassem para o ambiente arbitral da forma como tradicionalmente ocorre na esfera estatal. Que venha, em termos de princípios, apenas o que possa contribuir para o bom desenvolvimento de uma técnica de trabalho que ofereça efetiva/adequada resolução de conflitos”. PARENTE, Eduardo Albuquerque. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 71. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf>. Acesso em 05.09.2022.

⁷⁰¹ “Quanto a esses conceitos processuais, realmente, não há dúvidas de que devem ser transportados ao processo arbitral, promovendo-se somente as adaptações pertinentes. Constituiria, de fato, ineficiente perda de tempo que mesmo os elementos processuais mais básicos precisassem ser definidos na Lei de Arbitragem, na convenção ou no regulamento a que as partes aderiram, até porque, como já se disse, o processo arbitral se insere na Teoria Geral do Processo, partilhando de tais institutos elementares”. ARAÚJO, Yuri Maciel. **Op. Cit.**, p. 85.

⁷⁰² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.**, p. 82.

Todo processo, incluindo o arbitral, consiste em um meio de solução de conflitos e, como tal, precisa ser analisado sob o prisma dos resultados que está apto a produzir e do respeito às garantias processuais que permitem a produção desses mesmos resultados de forma válida. As decisões devem ser justas e o procedimento adequado às garantias decorrentes do devido processo legal, devendo, para tanto, no que interessa a esse trabalho, assegurar-se o controle arbitral da representação adequada do legitimado ativo e oportunizar-se a participação de quem possa ser afetado pelo julgamento, seja ele um titular o direito material ou um terceiro com interesse na resolução do conflito.⁷⁰³

Partilha-se da ideia que, de forma criativa e responsiva, seja possível conciliar o melhor dos dois mundos (judicial e arbitral),⁷⁰⁴ sempre em busca de eficiência, mas com respeito às regras do jogo, isto é, ao devido processo legal e às matérias de ordem pública. Por isso, embora o procedimento arbitral seja customizado de acordo com a vontade das partes e as necessidades do direito material, torna-se //fundamental respeitar as garantias mínimas decorrentes do devido processo legal, em particular, no caso, a ampliação qualitativa do contraditório na arbitragem coletiva para que a participação pelo procedimento arbitral coletivo possa tutelar adequadamente o direito material coletivo.

Ao cogitar a ampliação qualitativa na arbitragem coletiva, não se quer defender a possibilidade de ingresso de todos que indistintamente queiram participar. Isso não só é proibido pelo sistema arbitral, como também é indesejado e contraproducente. Como sustentado por Edilson Vitorelli, embora com o olhar direcionado para o processo estatal, o direito à participação deve ser assegurado apenas a quem demonstrar relevância que possa contribuir para a tutela dos direitos coletivos materiais em litígio, dentro dos limites estabelecidos pelo contexto sistêmico no qual o procedimento da arbitragem coletiva está inserido.⁷⁰⁵

Isso deve ser estendido ao processo arbitral coletivo, porque só se pode falar em devido processo arbitral coletivo se as condições de participação forem observadas. Há um perfil próprio que deve ser respeitado. Sem ele haverá apenas um simulacro processual. É evidente que o conteúdo do devido processo legal expressado no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, continua cogente. Mas, além dele, diante das peculiaridades da matéria em

⁷⁰³ Quer-se, com isso, distanciar-se da constatação feita por Sofia Temer em relação ao processo judicial, mas que também se encaixa ao processo arbitral: “Ao fim e ao cabo, o fato e o poder de escolha dos sujeitos litigantes estar concentrado em poucas mãos, somado à precoce estabilização da demanda e às limitadas hipóteses interventivas, faz com que diversos sujeitos sejam alijados do espaço processual, quando poderiam (ou deveriam) integrá-lo”. TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 67.

⁷⁰⁴ MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 119.

⁷⁰⁵ VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 213.

análise, o contraditório deve ser observado de tal modo, que a o direito de participação seja ampliado para atingir um grau máximo possível de legitimidade democrática.

Assim, tendo em vista que a participação é elemento essencial do devido processo arbitral coletivo, que, em certo sentido, com ele coincide e se imbrica, a partir de agora serão analisados os seguintes pontos: (i) a publicidade da arbitragem coletiva como condição de possibilidade para a efetiva participação; (ii) o controle arbitral da representação adequada; (iii) a participação do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico; e (iv) a participação do *amucus curiae*.

4.6. A PUBLICIDADE DAS ARBITRAGENS COLETIVAS

A confidencialidade não decorre automaticamente da Lei de Arbitragem, embora a sua adoção pelas partes seja comum. É uma vantagem competitiva frente os demais meios de solução de conflitos, sobretudo em espaços marcados por elevado grau de competitividade,⁷⁰⁶ pois permite que seja preservada “a imagem dos litigantes, a intimidade dos negócios, ‘know-how’, segredo industrial, dentre outras informações relevantes de caráter estratégico ou comercial decorrentes da atividade empresarial”.⁷⁰⁷

Segundo recente pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) em parceria com o Instituto Ipsos, publicada no ano de 2021, gestores jurídicos de diversas empresas indicaram que o sigilo é uma das características mais importantes possibilitadas pelo processo arbitral.⁷⁰⁸

Embora em alta conta pelos *players* da arbitragem, o certo é que a origem da confidencialidade é contratual e não legal. São as partes que, diante as características do caso concreto, têm a possibilidade de escolher a confidencialidade do processo arbitral, embora geralmente o sigilo conferido à arbitragem também esteja estipulado nos regulamentos das instituições escolhidas.

A confidencialidade recai sobre os árbitros, a instituição arbitral e seus funcionários administrativos, como também sobre todos os sujeitos que tenham participado do processo na condição de sujeitos auxiliares (testemunhas, peritos e tradutores), hipóteses em

⁷⁰⁶ NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem Como Método Adequado de Resolução de Conflitos nos Contratos Agroindustriais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 62, abr-jun/2019, p. 75.

⁷⁰⁷ CAHALI, Francisco José. **Op. Cit.**, p. 295.

⁷⁰⁸ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil**, 2021. Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 05.09.2022.

que é recomendada a elaboração de um termo de confidencialidade que seja especificamente redigido para atender as peculiaridades de cada situação.⁷⁰⁹

Como regra, a confidencialidade se comunica aos processos judiciais, que, segundo o art. 189, III, do CPC, “versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Porém, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão polêmico, teve oportunidade de decidir que este referido dispositivo de lei é inconstitucional e, por via de consequência, determinou que a ação anulatória de sentença arbitral fosse processada sem o resguardo do sigilo processual.⁷¹⁰

Com a devida vênia, parece claro que o Tribunal Paulista equivocou-se ao proferir essa decisão. Com apoio na lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e de Carlos Eduardo Montes Netto, a constitucionalidade do art. 189, III, do CPC, deve permanecer irretocável, “ao entendimento de que o art. 93, IX, da Constituição deve ser interpretado sem desprezar os mandamentos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que protegem o segredo do negócio, além da autonomia constitucional da vontade”⁷¹¹ e também por violação da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), ratificada pela Súmula Vinculante nº 10,⁷¹² eis que a decisão, no caso, deveria competir ao Órgão Especial.⁷¹³

Entretanto, a confidencialidade é uma característica que pode não estar presente em todas as espécies de arbitragem, conforme se verifica nas arbitragens em que a Administração Pública seja uma das partes, em razão de previsão constitucional (art. 37, *caput*) e legal (art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem), que impõem a publicidade.

Outra situação em que a confidencialidade deve ser afastada é a da arbitragem coletiva,⁷¹⁴ uma vez que, conforme Ana Luiza Nery, se assim não fosse, haveria verdadeiro

⁷⁰⁹ GRION, Renato Stephan. Procedimento II. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 210.

⁷¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento 2263639-76.2020.8.26.0000**. Relator: Desembargador Cesar Ciampoli, de 02 de março de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14414534&cdForo=0>>. Acesso em: 05.09.2022.

⁷¹¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. O segredo de justiça em ações sobre arbitragem. **Valor Econômico**. São Paulo, 18 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/18/o-segredo-de-justica-em-aco-esobre-arbitragem.ghtml>>. Acesso em: 04.11.2022.

⁷¹² “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**, de 28 de junho de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>>. Acesso em: 05.09.2022.

⁷¹³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. **Op. Cit.**

⁷¹⁴ “Portanto, via de regra, instituir a confidencialidade na arbitragem coletiva mostra-se impraticável em razão da própria amplitude da natureza das pretensões deduzidas, que afetam diretamente terceiros que não

obstáculo ao seu uso, “na medida em que incompatível com as ações coletivas, cujo bom funcionamento dependerá de ampla publicidade dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, aos demais legitimados e ao grupo envolvido”.⁷¹⁵

A autora complementa o seu raciocínio ao dizer que o princípio da publicidade na arbitragem coletiva atende ao postulado da transparência, porque, desse modo, “permite que a sociedade em geral e as demais entidades legitimadas para a propositura da demanda coletiva possam atuar na defesa dos direitos transindividuais”.⁷¹⁶ Tem-se, portanto, que, na arbitragem coletiva, “as informações não podem ficar restritas às partes litigantes, uma vez que o objeto do litígio constitui interesse coletivo que evade os limites da relação processual”.⁷¹⁷

Como a arbitragem coletiva tem como limite de atuação os ditames do devido processo legal, as garantias processuais previstas na Constituição Federal devem ser aplicadas. Assim, o contraditório impõe que não haja confidencialidade, porque isso comprometeria o conhecimento e a atuação por quem possa ser afetado pela decisão a ser proferida, o que, por evidência, não pode ser validado.⁷¹⁸ Por decorrência da publicidade aferida à arbitragem coletiva, os titulares do direito coletivo em disputa poderão averiguar qual a melhor medida a ser tomada no caso concreto, se esperar a prolação de sentença definitiva favorável, auxiliar e controlar a atuação do representante ou ajuizar ação individual.

Isso sem falar que com o afastamento da confidencialidade tem-se a facilitação do acesso das partes mais vulneráveis à arbitragem, a exemplo das demandas que envolvem disputas societárias, ao considerar que poderiam provocar o agrupamento do processo com

participariam diretamente do procedimento arbitral. A bem da verdade, a publicidade as arbitragens coletivas deve ser a mais ampla possível, possibilitando o adequado – necessário – controle social da jurisdição”. DIAS, Aline; ATHAYDE, Júlia Merçon M. Arbitragem, Confidencialidade e Tutela Coletiva de Direitos. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 42.

⁷¹⁵ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**, p. 292.

⁷¹⁶ **Idem, ibidem**, p. 292.

⁷¹⁷ MORAES, Vitor Silva de. A Arbitragem Coletiva Como Meio de Tutela dos Direitos de Acionistas Minoritários de Companhias Abertas. **Dissertação de Mestrado**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23195/2/Vitor%20Silva%20de%20Moraes.pdf>>. Acesso em: 14.11.2022. No mesmo sentido: “[...] a confidencialidade deve ser afastada na arbitragem societária praticada no âmbito de sociedades abertas, de modo a se permitir que sejam divulgadas informações relevantes ao mercado. Aliás, tais informações devem ser divulgadas pela própria sociedade, que em grande parte das vezes estará envolvida no litígio na condição de parte. Caberá à administração prover o mercado com toas as informações relevantes a respeito do processo que possam influir no movimento de compra e venda de ações e outros títulos mobiliários emitidos pela companhia. O controlador também poderá ser responsabilizado caso tal ‘disclosure’ deixe de ser praticado”. FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária: Fundamentos Para Uma Possível Regulação. **Dissertação de Mestrado**. Universidade de São Paulo, 2015, p. 145.

⁷¹⁸ PEREIRA, Guilherme Setoguti P. Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias. In: **Processo Societário III**. Coordenadores: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti P. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 219-239.

demandas conexas, com a eliminação de riscos de decisões conflitantes e com a inserção das partes litigantes em maior pé de igualdade.⁷¹⁹

Importa ressaltar que a ampla divulgação do processo arbitral coletivo, do início ao fim,⁷²⁰ gera maior previsibilidade diante de demandas semelhantes, por permitir a análise das atuações pretéritas pelos atores envolvidos e dos atos praticados durante o procedimento utilizado, à luz das convenções estabelecidas e das peculiaridades do caso concreto.

Como bem destacado por Cláudio Finkelstein e Maria Isabel Gori Montes, se as chaves de acesso ao processo arbitral coletivo ficassem única e exclusivamente nas mãos das partes signatárias da convenção de arbitragem, como se fosse possível e legítimo instituir “bolhas de confidencialidade”, isso geraria “indesejada assimetria de informações” que contribuiriam “para a desuniformização dos precedentes, desigualdade na atribuição de direitos e deveres de gestores ou sócios da mesma empresa em situação assemelhada ou idêntica e, por consequência, maior insegurança jurídica”.⁷²¹

Deve-se acrescentar a isso o fato de que a confidencialidade da arbitragem coletiva dificulta a realização de *accountability* pelas empresas e pelos órgãos estatais a respeito dos atos praticados. É certo que o sigilo confere proteção à imagem das partes e aos assuntos sensíveis atrelados ao objeto da demanda, mas, frente aos direitos transindividuais, o que deve prevalecer é o exame e o controle realizados pela sociedade, que não pode ter a desconfiança de que o sistema arbitral pode favorecer práticas espúrias e enganosas sob o manto do segredo.⁷²²

Poder-se-ia defender que a leitura da publicidade devesse ser correspondente às características da arbitragem tradicional, ou seja, que exista uma interpretação mitigada do

⁷¹⁹ “Nesse sentido, o afastamento da confidencialidade dos procedimentos contribuiria para a viabilização a arbitragem para partes mais vulneráveis, visto que, ao tomar ciência da (pretensão de) instauração de arbitragem, demais interessados poderiam se juntar ao procedimento, facilitando-se, assim, o agrupamento de autores com demandas conexas. Ademais, a transparência dos procedimentos também permitiria que eventuais interessados pudessem tomar conhecimento sobre seus direitos, riscos e possibilidades de ganho e perda. Sem contar que colocaria as partes em maior pé de igualdade ao atenuar o chamado ‘repeat player effect’, que é justamente a vantagem que as empresas obtêm por conta de sua maior experiência arbitral”. FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. *Análise Crítica da Cultura da Confidencialidade na Arbitragem Coletiva Societária*. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Benaduzi. São Paulo: Revista os Tribunais, 2021, p. 97.

⁷²⁰ “No caso da arbitragem coletiva, a publicidade é necessária tanto no início quanto no fim do procedimento. No início, os interessados devem ser informados acerca do objeto da demanda por meio de edital, o que se entende que, em caso de arbitragens coletivas envolvendo companhias abertas, pode ser realizado por meio de fatos relevantes, por comunicação direta da companhia com seus investidores ou outra forma de publicização indicada pelo Tribunal Arbitral. Ao final do procedimento, a sentença condenatória também deve ser amplamente divulgada, para que o maior número possível de lesados e credores possa se habilitar e buscar o cumprimento da sentença, antes do prazo prescricional para o exercício da pretensão individualizada à reparação”. WATANABE, KAZUO; GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 91-92.

⁷²¹ FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. **Op. Cit.**, p. 98.

⁷²² **Idem, ibidem**, p. 99.

princípio, para assegurar a divulgação não de todo o processo, mas apenas das informações relevantes e que sejam consideradas indispensáveis a mais exata possível compreensão do litígio por terceiros interessados no objeto controvertido.

Para tanto, a notificação de fato relevante a terceiros interessados poderiam ser feitas de modo semelhante aos *notices* típicos das *class arbitrations* do modelo estadunidense, com a divulgação das seguintes informações: “(1) a natureza da ação; (2) os requerimentos, pontos controvertidos ou defesas; (3) a identidade e informações básicas de identificação sobre os advogados que foram aprovados para representar a classe; (4) a possibilidade de adesão ao procedimento e forma”.⁷²³

Além da divulgação de fato relevante, ainda sob o prisma da publicidade mitigada – o que não se acolhe no presente trabalho –, poder-se-ia complementá-lo com a exteriorização de determinados atos do procedimento, tal como estabelece o Decreto do Estado de São Paulo nº 64.356/2019, ao cuidar da divulgação de petições, laudos periciais, termo de arbitragem e decisões arbitrais.⁷²⁴

Essa publicidade mitigada é insuficiente para a tutela do direito transindividual e para a efetiva participação processual de possíveis atores diversos, quando deverá ocorrer a ampliação do contraditório.⁷²⁵ Se o dever de informar ficar restrito apenas ao conteúdo daquilo que os litigantes entenderem que seja suficiente para a produção dos efeitos desejados,⁷²⁶ pode ser que essas informações não sejam coincidentes com os reais interesses da sociedade. Quer dizer, em matéria de direitos transindividuais, não cabe aos litigantes definir o que deve ou não ser divulgado. A publicidade deve ser irrestrita.

Conforme apresentado por Carolina Mota da Silva Telles e Guilherme Setoguti J. Pereira, isso se justifica por três motivos: (i) a definição do que deva ser tratado como fato relevante acaba por ser dotada de certa dose de subjetividade; (ii) a divulgação do fato relevante não traz à tona o conteúdo da deliberação, de modo que, na prática as informações são desprovidas de detalhes substanciais; e (iii) no caso da arbitragem societária coletiva, o

⁷²³ FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. **Op. Cit.**, p. 104.

⁷²⁴ **Idem, Ibidem**, p. 104.

⁷²⁵ “Se nos litígios bilaterais já se observa que determinadas observações de determinados processos não podem ficar restritas às partes litigantes, tem-se que, com ainda mais razão, o tema será pertinente numa arbitragem coletiva. Há de se ter em mente que o interesse no litígio transcende a esfera dos litigantes (autor e réu), o que inclusive poderá ensejar pedidos de intervenção de terceiros, com vistas a opinar sobre a matéria discutida [...]. Como regra geral, a constatação faz com que nesse campo há de se divulgar a existência desses litígios e presumir que informações/documentos não são cobertos por qualquer espécie de confidencialidade, devendo haver amplo acesso a elas”. MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 154.

⁷²⁶ Conferir, por exemplo, a Resolução nº 44, da Comissão de Valores Mobiliários: BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução 44 da Comissão de Valores Mobiliários, de 23 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol044.html>>. Acesso em: 02.01.2023.

art. 157, § 5º, da Lei das Sociedades Anônimas, os administradores poderão deixar de prestar a informação ou de divulgá-la, sob o argumento de que, assim fazendo, poderiam colocar em risco o interesse legítimo da companhia.⁷²⁷

Um modelo que pode servir de inspiração à publicidade ampliada da arbitragem coletiva é a Resolução nº 80/2022 da Comissão de Valores Mobiliários, que, segundo o seu art. 1º, “dispõe sobre o registro e a prestação de informações periódicas e eventuais os emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários”. Trata-se de uma preocupação relacionada com a proteção dos direitos dos investidores do mercado de capitais, cabendo ao emissor divulgar para o mercado as principais informações da demanda, em conformidade com o que dispõe o art. 2º, do Anexo I, da desta Resolução nº 80 da Comissão de Valores Mobiliários.⁷²⁸

De qualquer forma, a despeito do avanço representado na Resolução nº 80/2022 da Comissão de Valores Mobiliários, a posição adotada nesta tese é a de que, nas arbitragens coletivas, a publicidade deve ser irrestrita, pelos motivos acima apontados.

4.7. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A legitimidade ativa para a arbitragem coletiva coincide com o rol de legitimados previstos em lei para a propositura da ação civil pública,⁷²⁹ não havendo contradição no uso

⁷²⁷ TELLES, Carolina Mota da Silva; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem Coletiva Societária: Onde Estamos e Para Onde Vamos? In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 260.

⁷²⁸ “Art. 2º. O emissor deve divulgar ao mercado as principais informações relativas à demanda, incluindo: I – notícia acerca de sua instauração, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data da propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando: a) partes no processo; b) valores, bens ou direitos envolvidos; c) principais fatos; pedido ou provimento pleiteado; II – no caso de processo judicial, decisões sobre pedidos de tutela e urgência e evidência, decisões sobre jurisdição e competência, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e julgamentos de mérito ou extintivos do processo sem julgamento de mérito, em qualquer instância, no prazo de 7 (sete) dias a contar de seu conhecimento pela parte; III – no caso de arbitragem, apresentação de resposta, celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente que represente estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, decisões sobre jurisdição dos árbitros decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e sentenças arbitrais, parciais ou finais, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte; e IV) qualquer acordo celebrado no curso da demanda, no prazo de 7 (sete) dias úteis a apresentação de sua celebração, indicando valores, partes e outros aspectos que possam ser do interesse a coletividade de acionistas. Parágrafo único. Na apresentação das informações de que trata este artigo, não é necessária a disponibilização do inteiro teor dos documentos a que se refiram”. BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução 80 da Comissão de Valores Mobiliários**, de 29 de março de 2022. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol080.html>>. Acesso em: 02.01.2023.

⁷²⁹ “Posto isso, forçoso concluir que a opção legislativa nacional deverá ser observada da mesma forma numa arbitragem. Quer isso dizer que os agentes legitimados dentro do nosso microsistema de processos coletivos também o serão na hipótese de a resolução do litígio ser deslocada para a jurisdição arbitral”. MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 199.

de um microsistema, que, originalmente, não foi pensado para ser aplicado à arbitragem, embora se ressalte a relevância acadêmica de quem sustente posição em sentido contrário, apontando, inclusive, que a pluralidade de legitimados ativos poderia gerar um suposto ambiente de insegurança.⁷³⁰

Com a devida vênia, essa crítica poderia ser utilizada tanto para o processo judicial quanto para o processo arbitral. Na visão do autor, o que se tem, ao que parece, é um problema ínsito ao ordenamento jurídico, a qual não é compartilhada nesta tese. A legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva, tanto lá quanto cá, de maneira que o risco de eventual insegurança pode ocorrer igualmente em qualquer uma dessas esferas. Por isso, em demandas coletivas quando o autor atua em nome próprio, mas na defesa de direito alheio, torna-se fundamental o controle da representatividade adequada, a fim de evitar distorções, como, por exemplo, privilegiar uma associação que a primeira a manejar o uso de uma demanda coletiva sem que tivesse condições técnicas para tanto.

O pior seria se apenas cada titular do direito material pudesse demandar individualmente ou se houvesse um único legitimado extraordinário, pois, aí sim diante desta situação, a tutela do direito coletivo poderia ficar suscetível à ocorrência de arbítrios, assim como de análises equivocadas e à prática de comportamentos desleais no curso do processo. Com efeito, a existência de legitimados plúrimos ao invés de um legitimado único mostra-se mais vantajosa e consentânea com a adequada proteção do direito coletivo e com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

A discussão a ser travada a partir daqui é se as considerações feitas pelo legislador em caráter abstrato aplicáveis à ação civil pública já caracterizariam um controle prévio e suficiente da representação, não cabendo ao árbitro fazê-lo, ou, se ao invés disso, mesmo transplantando o microsistema judicial de tutela dos direitos para a esfera da arbitragem, com o respeito às especificidades inerentes à jurisdição privada, seria possível realizar o controle por meio de previsões contidas em sede de regulamentos arbitrais, ou, no silêncio deste, pelo poder normativo dos árbitros.

Quer dizer, em caso de ausência de regulamentação específica, busca-se analisar se o controle da representação é *ope legis*, por operar-se presunção *iuris et de iure* decorrente da atuação do legislador em legislação aplicável à arbitragem, o que impediria o controle do julgador, ou *ope arbiter*, em razão de permitir que o controle seja feito como forma de expressão do devido processo legal.

⁷³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Op. Cit.**, p. 183-184.

Para parte da doutrina, ao cuidar da ação civil pública, mas cuja lógica pode ser aqui reproduzida, salienta que o rol de legitimados, por ser exaustivo e estabelecer requisitos específicos, serviria como um filtro destinado a eliminar “aqueles que não teriam condições técnicas, econômicas ou mesmo liberdade para litigar na defesa dos complexos interesses supraindividuais, e atuar com desenvoltura em face de legitimados com grande poder político e/ou econômico”.⁷³¹

Sob esse ângulo, as condições para a representação adequada teriam sido tratadas unicamente pela lei,⁷³² como, por exemplo, no caso das associações,⁷³³ bastando unicamente aferir a pertinência temática, à vista das considerações feitas no Capítulo 2, para as quais são o leitor fica convidado a revisitá-las.

Todavia, esse entendimento espelha a concepção jurídica de uma época que não atende as necessidades atuais. Ao conferir legitimidade ativa para determinados sujeitos, o legislador produziu uma presunção de representação adequada⁷³⁴ que é apenas relativa e, por isso, nem sempre será confirmada pelo órgão julgador quando confrontada com as condições concretas do representante (técnicas, jurídicas, econômicas etc.).

⁷³¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Op. Cit.**, p. 63.

⁷³² Sobre os requisitos das associações: “a) elas devem estar ‘legalmente constituídas’ (requisito da constituição legal) – o que afasta a legitimidade das entidades informais, sem personalidade jurídica, e que, por tais razões, costumam ser econômica e tecnicamente precárias; b) devem existir a pelo menos um ano antes da propositura da ação (requisito da pré-constituição) – o que, de certo modo, garante um mínimo de experiência da entidade, e combate a criação de instituições oportunistas, ou seja, aquelas constituídas com o único propósito de ajuizar uma determinada ação civil pública; e c) devem ter em seus fins institucionais a defesa dos mesmos tipos de interesses objeto da ação (requisitos da pertinência temática) visando-se a garantir um mínimo de idoneidade e familiaridade com o interesse a ser protegido em juízo (art. 5º, V, a e b, da LACP; art. 82, IV, do CDC); d) nas ações em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e suas autarquias e fundações, deve haver expressa autorização da assembleia dos associados, e a petição deve ser acompanhada da respectiva ata, bem como da relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços (Lei 9.494/1997, art. 2º-A, parágrafo único)”. **Idem, ibidem**, p. 63-64. Segundo Arruda Alvim, em comentários ao Código de Defesa do Consumidor, “[...] de um lado, os representantes agem ex lege e são inequívoca e taxativamente os indicados no art. 82; b) de outra parte, no que diz respeito à extensão da eficácia negativa da sentença e respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano de ação coletiva, não virá essa afetar a esfera individual (art. 103, §1º., referente aos incisos I e II, do mesmo art. 103, §2º., deste mesmo art. 103, referente à hipótese do art. 103, inciso III); nesta última hipótese, no entanto, só haverá coisa julgada se o ‘interessado’ tiver sido efetivamente parte, nos termos do art. 94, ou seja, trata-se de coisa julgada formada entre este, que terá ingressado como ‘litisconsorte’, como diz a lei e o réu”. ARRUDA ALVIM. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 354.

⁷³³ “Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”. GIDI, Antonio. *A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras*, p. 61-62.

⁷³⁴ MURIEL, Marcelo A.; DIAS, Aline. Controle de Representatividade Adequada nas Arbitragens Coletivas. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Benaduzi. São Paulo: Revista os Tribunais, 2021, p. 355.

Esse modelo abstrai as pessoas envolvidas no litígio e tende a pessoalizar a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* para entes que muitas vezes estão afastados da controvérsia e acabam por conceber um processo descolado da realidade,⁷³⁵ violador do contraditório ante a estreita relação entre legitimidade e coisa julgada⁷³⁶ e que podem servir como palco para fraudes e demais comportamentos desprovidos de boa-fé.

Para atuar em nome da sociedade ou dos titulares do direito material coletivo, assume-se nesta tese a posição de que o representante deve ser submetido ao controle da representatividade por parte do órgão julgador, como expressão do devido processo legal (art. 5º, LIV), da CF, e, especificamente, do previsto no art. 5º, XXI, da CF, ao dispor que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”,⁷³⁷ uma vez que esta deve ser lida a partir das lentes projetadas pela primeira. Esse controle parte da checagem da positividade do legitimado ativo e da pertinência temática, mas vai além ao também adentrar a análise das peculiaridades do caso concreto e das condições necessárias que devem ser observadas para bem exercer a função.⁷³⁸

Portanto, o presente estudo inova para aprimorar o controle da representatividade adequada na arbitragem coletiva, inclusive com a apresentação de um Anteprojeto de Lei (conferir Anexo) voltado a solucionar a questão de forma adequada, eficiente e segura.

É importante ter ciência de que há necessidade de parâmetros próprios a serem preenchidos, como se verá, mas todos eles são empregados para que o legitimado ativo tenha condições concretas de atingir as finalidades almejadas pelo titular do direito material discutido no juízo arbitral.

⁷³⁵ “É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – ‘abstrai’ as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por ‘pessoalizar’ os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais. A opção do direito nacional pela legitimação ‘ex lege’ atribuída normalmente a instituições afastadas da realidade da controvérsia (‘v.g’ o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios) acaba por conceber um processo muitas vezes ‘descolado’ da realidade. É comum que a pretensão deduzida no processo não represente exatamente a tutela que a sociedade deseja ou aquela de que necessita”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação e Interesses Concorrentes*. In: **Processos Estruturais**. Organização: JOBIM, Marco Felix; ARENHART, Sérgio Cruz. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 802.

⁷³⁶ FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

⁷³⁷ “A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades, para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*, p. 23.

⁷³⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 187.

Apesar de certa dose de subjetividade,⁷³⁹ esse controle concreto da representatividade é indispensável, porque, se assim não fosse, estar-se-ia por assumir como de grau elevado o risco da tutela coletiva ser prestada de maneira deficiente ou distorcida, a fim de mascarar a caracterização de eventuais interesses escusos. Os reflexos de uma demanda coletiva mal conduzida tem o potencial de comprometer a qualidade da tutela jurisdicional e acarretar a preclusão de novas discussões, e, por isso, antes de solucionar o conflito, pode acarretar o seu agravamento.⁷⁴⁰

Poder-se-ia argumentar que o controle da representação adequada seria desnecessário diante do regime diferenciado da coisa julgada coletiva aplicável também à arbitragem, uma vez que, (i) nos casos de improcedência do pedido por insuficiência de provas envolvendo direito difuso ou coletivo *stricto sensu* o processo arbitral coletivo pode ser novamente instituído pelo legitimado signatário da convenção mediante a apresentação de prova nova (art. 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor), e (ii) a improcedência do pedido no caso de direitos individuais homogêneos, os particulares somente são afetados de acordo com o resultado (*secundum eventum litis*) e para beneficiá-los mediante o transporte *in utilibus* (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor), ou seja, a coisa julgada só será *erga omnes* diante da procedência o pedido.

Nas duas primeiras hipóteses (direitos difusos e coletivos), os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os direitos dos integrantes a coletividade, grupo, categoria ou classe (art. 103, § 1º, do Código e Defesa o Consumidor), que poderão constituir arbitragens individuais (preenchidos os requisitos) ou ajuizarem ações judiciais. Já no tocante aos direitos individuais homogêneos, o particular poderá constituir arbitragem individual (preenchidos os requisitos) ou ajuizar ação judicial, desde que não tenha ingressado no processo arbitral como litisconsorte (art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, se o regime de formação de coisa julgada funciona de acordo com esta sistemática, não seria o controle da representação adequada desnecessário? A resposta há de ser negativa. O problema não está na coisa julgada e sim quando a incompetência técnica ou o desinteresse do representante repercutir na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica expressada na sentença arbitral coletiva, eis que, nesses casos, a mesma arbitragem não poderá ser de novo instituída com base em uma melhor argumentação

⁷³⁹ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade Adequada nos Processos Coletivos. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 38. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/publico/Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf>. Acesso em: 11.08.2022.

⁷⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 202.

ou fundamentação. Além disso, a arbitragem coletiva não poderá jamais ser novamente instituída quando se estiver diante de tutela de direitos individuais homogêneos.⁷⁴¹

De acordo com o modelo constitucional de processo, a representatividade adequada “oferece elo fundamental para tornar legítima e razoável a intenção de vincular terceiros, não participantes do processo, aos efeitos e, sobretudo, à coisa julgada formada em processo coletivo”,⁷⁴² preservando-se, em relação a estes, o respeito ao devido processo legal coletivo.⁷⁴³

É inadmissível a vinculação de direito de terceiro ao resultado de certo processo arbitral coletivo do qual não tenha autorizada a participação diretamente ou, ao menos, do qual não tenha havido a adequada representação de seus direitos e interesses. Logo, a ausência de controle da representatividade adequada implica autorizar a possibilidade de ocorrer a inadequação da representatividade dos direitos metaindividuais,⁷⁴⁴ presumindo-se algo externado pela letra da lei que nem sempre se concretiza no plano da realidade.

O estudo da experiência vivenciada nos Estados Unidos em relação à *adequacy of representation*, de acordo com a *Rule 23(a)(4)*,⁷⁴⁵ pode funcionar como importante referencial de apoio em perspectiva comparada, porém isso não significa que haverá a elaboração de um perfil de controle contrário aos ditames do devido processo legal (art. 5^a, LIV, da CF). O ordenamento jurídico brasileiro possui elementos suficientes para que o controle da representação adequada ocorra. O regramento previsto no direito estrangeiro exerce influência sobre como o assunto deve ser tratado no Brasil, mas os apontamentos de *lege ferenda* serão predominantemente feitos à luz da realidade pátria.

Os critérios para aferir essa representação adequada são variados e os principais serão aqui analisados, a começar pela verificação da própria noção de representação e das condições de possibilidade para a sua realização de forma a não comprometer o direito de terceiros não participantes do processo e que serão vinculativamente afetados pela formação da coisa julgada no processo arbitral coletivo.⁷⁴⁶

⁷⁴¹ GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, p. 63.

⁷⁴² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 203.

⁷⁴³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, p. 190.

⁷⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 208.

⁷⁴⁵ “a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. UNITED STATES OF AMERICA. **Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. Class Action**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 28.07.2022.

⁷⁴⁶ “[...] é de se levar em conta que, via de regra, a arbitragem não pode produzir efeitos sobre terceiros. Assim, para que a sentença de uma arbitragem coletiva seja eficaz, é preciso que os indivíduos por ela afetados tenham sido incluídos diretamente na arbitragem, ou ao menos permitam que tenham seus interesses ‘adequadamente’

Um parâmetro eficiente⁷⁴⁷ para expressar critérios que podem ser utilizados para a análise da representatividade adequada encontra-se situado no texto de proposta para o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América,⁷⁴⁸ quando foi tratada como um dos requisitos da ação coletiva.

Nos termos do art. 2º, § 2º, ao analisar a representatividade adequada, o juiz (leia-se aqui: o árbitro), deve analisar dados como os seguintes: (i) credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do autor da ação; (ii) o histórico consistente na proteção judicial e extrajudicial dos direitos pertencentes aos membros o grupo, categoria ou classe; (iii) a conduta desenvolvida em outros processos coletivos; (iv) a coincidência entre os membros do grupo, categoria ou classe e o objeto discutido na demanda coletiva; e (v) o tempo da instituição da associação e o de sua representação ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Trata-se de um rol exemplificativo, que confere certa elasticidade para se amoldar às características do caso concreto e, à vista disso, um requisito indispensável a ser acrescentando é o da capacidade técnica do advogado ou do representante do Ministério Público que patrocina a demanda, a qual pode ser aferida por meio da qualificação acadêmica e profissional, pela especialização na área objeto da controvérsia, pela qualidade das manifestações escritas e orais apresentadas, pelo diálogo mantido com os membros do grupo, classe ou categoria, dentre outros fatores.

O art. 2º, § 3º, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, também cuida do assunto, prevendo que o controle da representatividade adequada deve ser realizado “a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento”, não devendo acontecer apenas na fase inaugural do processo.

representados, até para que possam não ser qualificados como propriamente ‘terceiros’, na acepção pura e simples do termo”. MURIEL, Marcelo A.; DIAS, Aline. **Op. Cit.**, p. 358.

⁷⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação e Interesses Concorrentes*. p. 815.

⁷⁴⁸ No mesmo sentido, estabelece o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: “Art. 8º. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I – a adequada representatividade do legitimado [...]. § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. § 2º O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º do artigo seguinte”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, de 29 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL%205139/2009>. Acesso em: 02.01.2023.

O controle de representatividade adequada pelo árbitro não consiste em estímulo à prática de comportamentos voluntaristas por parte dos árbitros, como se eles estivessem a proferir decisões que contrariassem a lei aplicável à situação pertinente sob a justificativa de atingirem o resultado esperado. Como na atualidade todos os ramos do direito são constitucionalizados,⁷⁴⁹ o processo da arbitragem coletiva deve ajustar-se ao jeito de ser constitucional, de modo que a autonomia privada venha a encontrar nessa esfera os parâmetros pelos quais possa validamente expressar-se.

Assim, o controle de representatividade adequada pelo árbitro, derivado de seu poder normativo, ao invés de cuidar de uma ilegalidade, confere indispensável efetividade ao devido processo legal, ao qual se apresenta como verdadeiro corolário.⁷⁵⁰ Em realidade, “para que se garanta o devido processo legal, a representação em uma arbitragem coletiva não poderia passar por mero formalismo ou presunção”.⁷⁵¹

É claro que esse controle deve ser feito com temperança, não podendo jamais “servir como simples instrumento para inviabilizar ações coletivas”.⁷⁵² Certamente, não se deve exigir que apenas o melhor representante dentre todos os demais existentes venha a atuar na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*. Essa leitura é desproporcional.⁷⁵³ O que se exige é que o representante atenda os critérios acima indicados, os quais podem ser considerados como uma régua de corte, que serve para acolher apenas quem demonstrar que possui as condições necessárias para bem buscar a prestação da tutela jurisdicional com eficiência.

Deve-se considerar ainda que a representação do legitimado ativo não deve ser medida apenas pelo cunho processual, mas por variados aspectos, incluindo a ótica da representação argumentativa, a partir dos apontamentos teóricos desenvolvidos por Robert Alexy,⁷⁵⁴ embora sob outra perspectiva, a qual aqui é adaptada para a exposição do assunto em análise.

O legitimado ativo é um representante processual, mas que deve apresentar argumentos racionais ao longo dos diálogos mantidos com os representados e com o órgão

⁷⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso e Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351-394.

⁷⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 202-209.

⁷⁵¹ MURIEL, Marcelo A.; DIAS, Aline. **Op. Cit.**, p. 351.

⁷⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação e Interesses Concorrentes*, p. 822.

⁷⁵³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 207.

⁷⁵⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

juiz, a fim de que o representante possa se apresentar como um legítimo porta-voz do grupo titular do direito e não apenas representante de sua própria vontade,⁷⁵⁵ o que lhe impõe o ônus de convencer o grupo e também o órgão julgador quanto a ser ele um representante adequado.⁷⁵⁶

Nessa ordem de ideias, a representação argumentativa está disposta no interior da representação processual, figurando-se, portanto, como o conteúdo diante do continente. Por isso, para adaptar-se aos assuntos enfrentados nesta tese, a representação argumentativa pressupõe a existência de uma racionalidade discursiva expressada por um representante adequado no âmbito de um instrumento que visa satisfazer o direito material coletivo, segundo as garantias processuais atreladas ao devido processo legal.

Em um aspecto geral, representação significa que deve haver consonância entre as ideias e interesses entre representante e representado, sendo que a argumentação apresentada pelo primeiro precisa ser coerente e consistente para assim chegar a um grau razoável de concordância entre todos aqueles que direta ou indiretamente venham a ser atingidos pela decisão.⁷⁵⁷

O representante deve buscar convencer os representantes e o órgão julgador a respeito da procedência dos argumentos apresentados sobre os fatos e o direito, podendo essa tentativa de convencimento estender-se também sobre a parte adversária e aos demais participantes do processo, uma vez que o consenso produzido pela invocação dos melhores argumentos pode viabilizar a solução consensual do conflito.

É difícil conceber a possibilidade de todos os titulares do direito material e todos os demais interessados encontrarem-se ao mesmo tempo presentes em um único espaço deliberativo para fazerem-se ouvidos e para participarem do processo de tomada de decisão.⁷⁵⁸ Os avanços tecnológicos certamente contribuem para a participação ampliada e mais próxima, porém o fato é que muitos ainda não têm condições de acesso e manuseio

⁷⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 209.

⁷⁵⁶ GIDI, Antonio. *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras*, p. 67.

⁷⁵⁷ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LACOMBE, Margarida Maria Lacombe. *Representação Argumentativa: Fator Retórico ou Mecanismo de Legitimação de Atuação do Supremo Tribunal Federal? Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, 2010, p. 1346. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>>. Acesso em: 01.08.2022.

⁷⁵⁸ “A representação é necessária porque a rede da vida social moderna frequentemente vincula a ação de pessoas e instituições num determinado local a processos que se dão em muitos outros locais e instituições. Nenhuma pessoa pode estar presente em todos os organismos deliberativos cujas decisões afetam sua vida, pois eles são numerosos e muito dispersos. Ainda que as expectativas de um cidadão sejam frequentemente desapontadas, ele espera que outros pensem em situações como a dele e as representem nos respectivos fóruns de discussão”. YOUNG, Iris Marion. *Representação Política, Identidade e Minorias. Lua Nova*, São Paulo, 67, 2006, p. 144. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/346M4vFfVz6JFk8VZnWVvC/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 20.07.2020.

suficientes, já que a falta de inclusão digital, em um país que possui um elevado índice de analfabetismo, é uma barreira que não pode ser ignorada.⁷⁵⁹

Assim, diante de uma arbitragem coletiva que tende a produzir resultados vinculantes para pessoas que dela não tenham participado diretamente, torna-se necessário definir critérios alusivos à representação, por conta das inúmeras variáveis que recaem sobre os interesses em jogo e a forma de defendê-los.

O desafio a ser superado pelo representante é o de filtrar os fatores relevantes para justificar a sua própria decisão em prol da defesa dos direitos e interesses do grupo, dando a cada um desses fatores o peso argumentativo que mereçam ter à luz das circunstâncias do caso concreto, o que, inclusive, pode gerar a necessidade de caminhar-se para além das estruturas processuais clássicas, sem o que o alcance tanto da representação quanto o da qualidade da prestação jurisdicional podem ficar comprometidas.

Edilson Vitorelli tem razão ao afirmar que “é preciso recorrer à Ciência Política para esclarecer o que significa afirmar que um legitimado coletivo representa o titular do direito em uma ação, bem como quais são os limites dessa representação”.⁷⁶⁰ Se, de um lado, e a princípio, o legitimado ativo está autorizado por lei a assinar a convenção de arbitragem e a participar da arbitragem coletiva, de outro, vale destacar que ele assume o dever de prestar contas de sua atuação e dos resultados ao final por ele obtidos, o que consiste numa forma de controle dos representados a respeito do trabalho desenvolvido pelo representante, à semelhança do que pode ocorrer em outros tipos de representação, como a política.

Quanto mais próxima for constatada a convergência de interesses e posições entre o representante e os representados, melhor. Caso haja conectividade entre eles, a relação será estabelecida em terreno harmonioso, marcado por uma sintonia fina. Essa intensidade de convergência de interesses pode se aferida mediante a realização de rodadas de negociação que permitam a interação dos envolvidos em referência ao modo de atuação e às finalidades desejadas.

⁷⁵⁹ “Se, de um lado, a tecnologia pode contribuir significativamente para a prestação jurisdicional, de outro é preciso incentivar a criação e execução de políticas que garantam a efetividade o uso dos meios tecnológicos para a garantia do efetivo acesso à justiça. Afinal, não se pode conceber o acesso à justiça sem um olhar sobre a acessibilidade linguística, estrutural e tecnológica. A superação dessas barreiras – que já permeava qualquer discussão seria que se pretendesse fazer acerca do acesso à justiça – ganha ainda mais relevância no contexto da quarta revolução industrial”. PASCHOAL, Thaís Amoroso. Acesso à Justiça, Tecnologia, e o Nosso Realismo Esperançoso de Cada Dia. In: **Tecnologia e Justiça Multiportas**. Coordenação: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 132.

⁷⁶⁰ VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 216.

É importante ressaltar que os interesses dos representados podem não ser homogêneos⁷⁶¹ ou facilmente identificados e as opiniões de pessoas leigas talvez encontrem barreiras intransponíveis ou de difícil transposição, sobretudo no tocante à linguagem utilizada, cuja caracterização funciona como um complicador de ordem prática.

A despeito disso, embora desejável, nem sempre será possível chegar a consensos. Daí poder-se-ia cogitar de ser o caso de desistência da representação pelo legitimado ativo, pela falta de afinidade de interesses. Entretanto, essa parece não ser a melhor solução para o dilema, pelo menos não em um primeiro momento, pois o representante deve gozar de certa dose de independência em relação aos representados, desde que exteriorize os melhores argumentos para a tutela dos direitos do grupo, explicando aos componentes todos os passos de sua ação pretendida.

Observe que não é a somatória de votos dos integrantes do grupo em um determinado sentido, que, *per si*, vai definir a melhor estratégia de atuação, bem como a forma como idealmente deva ser buscada a tutela do direito coletivo no caso concreto, em particular em uma sociedade plural, complexa e conflituosa como a brasileira.

O representante pode contrariar a posição da maioria dos representantes,⁷⁶² desde que, para tanto, se valha de ônus argumentativo suficiente para apresentar um discurso racional que justifique as conclusões apresentadas e que tenha potencial de convencer os interlocutores sobre o acerto de seu conteúdo, com a indicação de vantagens que poderão ser auferidas pela ação desenvolvida.⁷⁶³

A análise feita pelo representante que possui conhecimento técnico especializado sobre determinado assunto pode ser mais vantajosa ao grupo que inicialmente tenha discordado dos argumentos e da posição apresentadas. Isso exige por conta dele o ônus de demonstrar a procedência dos seus próprios argumentos e de refutar os argumentos em sentido contrário, a fim de tentar persuadir o grupo a seguir o caminho então proposto.

⁷⁶¹ “A questão é dificultada pelo fato de que, tanto em matéria de representação política, quanto de representação processual, os representados constituem um grupo não necessariamente homogêneo, o que dificulta a percepção de qual seria sua vontade, mesmo que o representante queira obedecê-la. Ainda que haja total homogeneidade no grupo, será difícil aprender sua vontade quando a ação necessitar de orientação mais elaborada que uma simples aceitação ou rejeição de determinada posição”. VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 238-239.

⁷⁶² Em um outro contexto, mas aqui aplicável: “Já a representação argumentativa não se confunde com a encarnação da vontade da maioria. Subjacente à ideia da representação argumentativa está a concepção de que o poder legítimo se funda em argumentos e razões e não na coerção, na forma legal, no carisma ou na tradição”. SARMENTO, Daniel. *Dar Voz a Quem Não Tem Voz: Por Uma Nova Leitura do Art. 103, IX, da Constituição*. In: **A Razão e o Voto: Diálogos Constitucionais Com Luís Roberto Barroso**. Organização: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 386.

⁷⁶³ “Agir contra a vontade do representado não é necessariamente ruim ou errado, mas é certamente anormal e não pode ser visto como algo rotineiro. Por essa razão, é ônus do representante apresentar ao representado as explicações de sua conduta, esclarecendo os motivos pelos quais seus interesses são melhor servidos pela desconsideração de sua vontade”. VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 241.

Para isso exige-se um constante diálogo entre representante e representado. O representante pode agir por iniciativa própria, mas não sem consultar os representados a respeito das questões que podem se mostrar determinantes ao bom exercício da função.

A busca de consensos por meio de diálogos mantidos entre participantes em igualdade de condições ou a apresentação de discordâncias racionalmente justificadas pelo representante tratam-se de pontos determinantes para a legitimação adequada das ações que serão desenvolvidas pelo representante no âmbito da arbitragem coletiva, assim como também para a operacionalização de seu respectivo controle.

A depender da natureza do direito material coletivo, as posições dos integrantes do grupo podem ser mais ou menos homogêneas, de forma que isso enseja a necessidade de estar-se em constante atenção para com características do caso concreto e o uso das técnicas processuais que venham a se mostrar capazes de viabilizar a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, tempestiva e efetiva.

Por exemplo, quando se cuidar de direitos homogêneos pertencentes a sócios minoritários, a divergência do grupo tende a ser menor, uma vez que a reparação em dinheiro satisfaz a totalidade das pretensões ou pelo menos a maioria delas. Já quando se cuidar de direito difuso relacionado a danos ambientais provocados por uma empresa de grande porte, além de possíveis divergências quanto ao modo de cumprimento da obrigação, os interesses das pessoas prejudicadas podem se mostrar mais divergentes em razão da diversidade de áreas atingidas, como a proteção do meio ambiente em si, a saúde, o desenvolvimento, o trabalho e a economia.

Edilson Vitorelli desenvolveu uma teoria geral do processo representativo, a qual pode ser aplicada tanto aos processos coletivos judiciais quanto aos processos coletivos arbitrais, sendo composta pelos seguintes princípios: (i) o princípio da titularidade definida dos representados; (ii) o princípio da atuação orbital do representante; (iii) o princípio da complementariedade entre o representação e participação; e (iv) o princípio da variância representativa.⁷⁶⁴

Pelo princípio da titularidade definida dos representados, a identificação dos titulares do direito é necessária para determinar quem será o grupo representado, e, com isso, verificar quais são os seus interesses e objetivos. Quanto mais precisa for a identificação dos integrantes do grupo, assim como a existência de subgrupos, maior será a probabilidade de se

⁷⁶⁴ VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 259.

estabelecer uma relação bem-sucedida com elementos informativos indispensáveis à atuação do legitimado ativo.⁷⁶⁵

Se, por exemplo, houver um número expressivo de sócios minoritários que tenham sido prejudicados por determinada prática adotada pela sociedade empresarial, o legitimado ativo, antes de iniciar a arbitragem coletiva, deve identificá-los e desenvolver um diálogo franco e aberto a respeito das ações que pretendidas e dos argumentos que serão utilizados, pois as necessidades, interesses e objetivos podem ser plúrimos.

Ou seja, a titularidade definida dos representados requer a identificação de importantes questões a serem verificadas caso a caso, tais como: (i) quem são; (ii) onde estão; (iii) quais são os seus interesses e finalidades; (iv) o grau de homogeneidade que detém; (v) o tempo dentro do qual pretendem agir; (vi) como e por que pretendem engendrar determinadas estratégias para a obtenção do fim almejado.

Sem o conhecimento dessas questões, das duas, uma: (i) ou o diálogo entre representante e os representados ficará prejudicado ou (ii) esse diálogo será demasiadamente superficial. Se alguém pretende agir em nome próprio, em defesa de direito alheio, espera-se que tenha o mínimo de conhecimento sobre informações de quem pretende emprestar-lhe a voz falando em seu nome. Do contrário, a qualidade da representação restará comprometida.

Já por meio do princípio da atuação orbital do representante, procura-se demonstrar que a “sua atuação, embora não seja amalgamada à vontade dos representados, não pode deles se afastar indefinidamente”,⁷⁶⁶ reconhecendo-se, entretanto, que essa órbita pode apresentar variações, de acordo com o perfil do litígio e o modo como por ele as pessoas são ou podem ser afetadas.⁷⁶⁷

O princípio da complementariedade entre representação e participação está atrelado a práticas de cooperação e alude à contemplação de momentos participativos antes, durante e depois do processo representativo, para que os representados tenham a oportunidade de ouvir as explicações do representante sobre as ações por ele perpetradas, formular as indagações e as propostas pertinentes, e, em situações extremas, quando insuperável a não convergência de interesses, solicitar a substituição o representante ou a formação de subgrupos, de modo a pluralizar a representação.⁷⁶⁸

Os representados não podem ser vistos pelo representante como se fossem apenas sujeitos espectadores de seu comportamento. Pelo contrário, a participação dos representados

⁷⁶⁵ VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 259.

⁷⁶⁶ **Idem, ibidem**, p. 262.

⁷⁶⁷ **Idem, ibidem**, p. 262-263.

⁷⁶⁸ **Idem, ibidem**, p. 263.

deve ser fomentada como forma de exercício da cidadania, porque são eles agentes habilitados a também interpretar os fatos e o direito que serão arguidos no processo arbitral coletivo.

De forma semelhante à transição de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta,⁷⁶⁹ tem-se que o controle da representação adequada do legitimado ativo para a instituição da arbitragem coletiva demanda atribuir voz ativa⁷⁷⁰ aos representados. E essa abertura participativa deve ser mais intensa na medida em que a sociedade for mais plural e complexa.⁷⁷¹

Sem essa interação continuada, corre-se o risco do representante agir como mero representante de seus próprios interesses, à revelia do grupo, ou adotar comportamentos que sejam coincidentes apenas com as posições dominantes dentro do grupo, afetando a conexão desejada entre um e outro e dando margem à ocorrência de voluntarismos injustificados.⁷⁷²

O exemplo do reconhecimento da ausência de representação adequada do autor de uma ação civil pública no famoso caso da Boate *Kiss* bem evidencia a aplicação e o acerto da técnica processual pelo juízo estatal, embora também pudesse ser igualmente aplicada pelo juízo arbitral se de arbitragem coletiva se cuidasse.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul verificou que inexistia qualquer relação entre a associação autora da ação, que possui sede no município de São Paulo e apresenta estatuto que traz pretensões genéricas e variadas de defesa de amplo número de direitos, e as vítimas do evento danoso e, em razão disso, manteve a decisão de primeiro grau que extinguiu o processo sem resolução do mérito.⁷⁷³

Por fim, o princípio da variância representativa significa que o grau de participação dos representados pode variar segundo o grau de complexidade e de conflituosidade presentes em um conflito específico. Quanto menor for esse grau, menor também proporcionalmente será o interesse das pessoas afetadas de participarem do processo

⁷⁶⁹ “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potenciais públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com ‘*numerus clausus*’ de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

⁷⁷⁰ No contexto da interpretação constitucional, porém aplicada ao assunto em tela, sob a advertência os ajustes necessários: SARMENTO, Daniel. *Dar Voz a Quem Não Tem Voz: Por Uma Nova Leitura do Art. 103, IX, da Constituição*, p. 388.

⁷⁷¹ HÄBERLE, Peter. **Op. Cit.**, p. 19-28.

⁷⁷² VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 263.

⁷⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (10ª Câmara Cível). **Apelação 70056964463**. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz, de 28 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 04.08.2022.

de representação, a exemplo de um dano ambiental ocorrido no litoral nordestino que enseja menor interesse participativo de cidadãos que sejam moradores na região sul do país. E vice-versa: os moradores da região mais afetada pelo dano ambiental terão maior interesse de participar do processo que visa a solução dos problemas por eles vivenciados.⁷⁷⁴

Expostas essas considerações, vê-se que a representação adequada é, de fato, um requisito indispensável para a tutela do direito coletivo *lato sensu* no plano da arbitragem coletiva, pois fortalece o contraditório. Por isso, uma vez constatada a inadequação da representação do legitimado ativo, o processo arbitral coletivo deve ser extinto sem resolução do mérito, não podendo ocorrer sucessão processual típica como na ação civil pública a não ser por parte do Ministério Público se ali já se encontrava como fiscal da ordem jurídica, salvo se outro legitimado ativo tenha sido também signatário da convenção de arbitragem.

4.8. MINISTÉRIO PÚBLICO

No processo arbitral coletivo o Ministério Público pode atuar de três maneiras, do mesmo modo como ocorre nos processos judiciais coletivos: (i) como legitimado ativo; (ii) como assistente litisconsorcial; e (iii) como fiscal da ordem jurídica.

Nos dois primeiros casos, exige-se que o Ministério Público tenha sido signatário da convenção arbitral. A regular expressão do consentimento de participar do processo arbitral coletivo é plenamente admissível quando for verificado que a matéria controvertida cuida de direito patrimonial indisponível.

Como visto anteriormente, ainda que o direito seja indisponível, pode ocorrer, no caso concreto, que a discussão esteja relacionada apenas aos efeitos patrimoniais deste direito indisponível e, nessa situação, óbice algum há para a deflagração da arbitragem e a regular participação do Ministério Público.

Seja de qual forma venha a se dar a participação do Ministério Público no processo arbitral coletivo, o certo é que a sua presença não afasta a arbitralidade do litígio. Ainda que a atuação do *Parquet* seja impulsionada pela proteção do interesse público, essa “circunstância ou mesmo a incidência de normas de ordem pública não significam necessariamente que o direito controvertido seja indisponível ou, ‘a fortiori’, inarbitrável”.⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ VITORELLI, Edilson. **Op. Cit.**, p. 265.

⁷⁷⁵ ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura*, p. 154.

A expressão “essencial à função jurisdicional” estabelecida no *caput* do art. 127 da Constituição Federal deve ser analisada com temperamento, porque o que justifica a intervenção é a “defesa da ordem jurídica” e isso “poderá ocorrer em ambas as jurisdições: judicial ou arbitral”.⁷⁷⁶

Uma comparação que rechaça qualquer dúvida sobre o que ora se apresenta é a seguinte: se o Ministério Público tem a possibilidade de resolver extrajudicialmente o conflito coletivo por meio da celebração de termo de ajustamento de conduta, parece evidente que ele também possa eleger e participar de outro meio jurisdicional, como a arbitragem, para a submissão desse litígio.⁷⁷⁷

Ora, se o árbitro é juiz de fato e de direito, atuando em processo regulado pelo devido processo legal e proferindo sentença cujos efeitos práticos em nada destoam daqueles emanados da sentença judicial, sendo ambas consideradas espécies de título judicial, a função institucional do Ministério Público deve ser exercida em ambas as esferas indistintamente.

Em suma, “o que verdadeiramente se faz pertinente é a sua função institucional, mais do que o ambiente em que ela é exercida”.⁷⁷⁸

Uma leitura atualizada da Constituição Federal no que diz respeito às funções e atribuições do Ministério Público indicam uma tendência ampliativa para a esfera extrajudicial, adequando-se à ressignificação conferida ao acesso à justiça.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público parece estar atento a isso, tanto que, em 28 de março de 2017, editou a Resolução nº 54, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro, relevando destaque a previsão do art. 1º, § 2º, ao salientar que “sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito”, numa evidente aproximação à redação do art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil, ao aludir que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Além de poder expressar prévio consentimento à arbitragem em cláusula compromissória, o Ministério Público também pode inserir a cláusula arbitral no próprio corpo do termo de ajustamento de conduta ou em outros instrumentos extrajudiciais de transação, como ocorreu, por exemplo, no caso do Acordo de Reparação Integral realizado entre o Ministério Público de Minas Gerais, o Ministério Público Federal, a Defensoria

⁷⁷⁶ MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 180-181.

⁷⁷⁷ PEREIRA, César; SOUZA, Leonardo F. A Participação do Ministério Público em Arbitragens Coletivas. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 290.

⁷⁷⁸ MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 181.

Pública de Minas Gerais, o governo de Minas Gerais e a empresa Vale, após os danos causados pelo rompimento a barragem em Brumadinho.⁷⁷⁹

Já em relação à terceira hipótese, a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica pode ser realizada ainda que ele não tenha sido signatário da convenção de arbitragem, tanto que a doutrina especializada diz ser “irrelevante a manifestação de vontade do *Parquet* quanto à submissão do litígio ao tribunal arbitral. Vale dizer, mesmo contra sua vontade, pode ser instituída uma arbitragem coletiva”.⁷⁸⁰

Na prática, como fiscal da ordem jurídica no âmbito de um processo arbitral coletivo, o Ministério Público deve ser cientificado dos atos e termos processuais, a fim de participar do contraditório em regime de cooperação com os demais atores, podendo comparecer às audiências, manifestar-se por escrito ou oralmente e, em suma, praticar todos os atos em geral que lhes são autorizados no processo judicial coletivo.⁷⁸¹

Registre-se que, se o Ministério Público, após ser notificado, deixar de ingressar no processo arbitral coletivo, nenhuma mácula processual virá à tona, salvo se ficar demonstrado que dessa ausência acarretou efetivo prejuízo para as partes.

Pode, inclusive, direcionar a sua atuação para impugnar a validade da convenção arbitral, ou, em um segundo momento, e se for o caso, propor ação judicial para anular a sentença arbitral, com base em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei nº 9.307/1996.⁷⁸²

César Pereira e Leonardo F. Souza defendem que, no caso de desistência infundada ou de abandono da causa, de modo semelhante ao que ocorre na esfera da ação civil pública (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.437/1985), o Ministério Público pode assumir a titularidade ativa da arbitragem coletiva.⁷⁸³

4.9. *AMICUS CURIAE*

A inexistência de legislação específica não impede que se dê a ampliação participativa no processo arbitral coletivo por meio da intervenção do *amicus curiae*, porque tanto cá quanto nas demais espécies de processo, o fundamento autorizador é o mesmo: o

⁷⁷⁹ PEREIRA, César; SOUZA, Leonardo F. **Op. Cit.**, p. 292.

⁷⁸⁰ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**, p. 253.

⁷⁸¹ **Idem, ibidem**, p. 255; MARIANI, Rômulo Greff. **Op. Cit.**, p. 182.

⁷⁸² ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura*, p. 155.

⁷⁸³ PEREIRA, César; SOUZA, Leonardo F. **Op. Cit.**, p. 297.

contraditório (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).⁷⁸⁴ Por tratar-se de um direito fundamental processual, o contraditório integra o modelo constitucional de processo e é classificado como norma de eficácia plena, a regular todas as relações intersubjetivas entre órgãos estatais, entre particulares e órgãos estatais e entre particulares.⁷⁸⁵

Todos os ramos do Direito são constitucionalizados. Por isso, todos esses ramos permitem uma abertura interpretativa. Não há um monopólio interpretativo ou uma autorização sublime para que a interpretação seja realizada apenas por um grupo fechado de pessoas consideradas as mais adequadas para essa atividade, como os juristas, os representantes processuais das partes processuais e o julgador.

De acordo do Peter Häberle, sob o prisma de perspectiva mais abrangente, que deve ser mais intenso quanto mais plural for a sociedade, todos os cidadãos e grupos podem participar do processo de interpretação e de construção da norma, aqui entendido por norma, como já destacado anteriormente, o resultado da interpretação do texto normativo à luz das peculiaridades do caso concreto.⁷⁸⁶

Todo sujeito que é afetado pelo contexto regulado pelo texto normativo pode interpretá-lo, embora haja necessidade de filtrar a participação desse terceiro intérprete desprovido de interesse jurídico à frente do objeto da demanda. Sem o preenchimento de certos requisitos, a participação deve ser vedada, porque, se assim não for, a atuação de um número demasiado de *amici* pode gerar perda de tempo e dinheiro, insegurança jurídica e desigualdade.⁷⁸⁷

O fim da intervenção do *amicus curiae* é a de contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, por meio da apresentação de argumentos que emprestam ao procedimento a possibilidade de pluralizar o debate a respeito a matéria controvertida.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae: Um Terceiro Enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-106.

⁷⁸⁵ “O que nos move àquela afirmação, bem diferentemente, é, tão só, a compreensão de que não cabe àquele que se predispõe estudar seriamente uma matéria sentar-se à espera de uma lei para dizer aquilo que está dito já, previamente, no ‘sistema’, que é ‘extraível’ do sistema. Talvez nem todos possam escutar aquela voz. Mas é ele, que tem condições de ouvi-la, a quem compete fazê-la audível, para que o ouvido menos treinado ouça-a também. Se a audição, amanhã, sensibilizará o legislador é questão diversa que, por si só, não pode inibir nem inviabilizar o trabalho daquele que ausculta o sistema jurídico e quer vê-lo completo, realizado. Voz sentida por um, voz ouvida por todos”. *Idem, ibidem*, p. 106.

⁷⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 13; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*, p. 98-99.

⁷⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 32.

⁷⁸⁸ “A admissão de terceiro, na condição de ‘amicus curiae’, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em orem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e instituições da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º,

Trata-se de instituto predominantemente desenvolvido em países de tradição de *common law* pela força vinculante derivada dos precedentes judiciais, mas isso não significa que nos países que integram a família do *civil law* ele deixe de ser usado.

No Brasil, o *amicus curiae* foi previsto pela primeira vez⁷⁸⁹ no art. 31, *caput*, da Lei nº 6.385/1976,⁷⁹⁰ com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 6.616/1978, ao permitir a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em demandas situadas na esfera administrativa, cuja matéria tratada esteja abrangida por suas atribuições fiscalizadoras.

Posteriormente, outras leis foram inseridas no ordenamento jurídico cuidando da figura do *amicus curiae*, como a Lei nº 9.469/1997, que em seu art. 5º⁷⁹¹ admite a intervenção da União Federal nas causas em que entes da Administração Pública figurarem como parte.

A Lei nº 9.279/1996, que regula os direitos e as obrigações inerentes à propriedade industrial, dispõe no art. 175, *caput*,⁷⁹² que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, quando não for o autor da ação de nulidade do registro, nela intervirá.

Entretanto, foi a Lei nº 9.868/1999, por força do art. 7º, § 2º,⁷⁹³ que jogou luzes sobre a figura do *amicus curiae* no Brasil, ao prever a possibilidade de sua intervenção nos

da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2130 MC**. Relator: Min. Celso de Mello, de 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+2130++CELSO+DE+MELLO&base=baseAcordaos=>>>. Acesso em: 10.11.2022.

⁷⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas Asas de Hermes, p. 116.

⁷⁹⁰ “Art. 31, *caput*. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”. BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de setembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília: DF, Planalto, 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

⁷⁹¹ “Art. 5º A. União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.” BRASIL. **Lei 9.469, de 10 de julho de 1997**. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília: DF, Planalto, 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

⁷⁹² “Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”. BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: DF, 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

⁷⁹³ “Art. 7º, § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: DF, 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Diversas outras leis passaram a tratar da temática⁷⁹⁴ e, em sede doutrinária, autores de vanguarda como Cassio Scarpinella Bueno⁷⁹⁵ e Antonio do Passo Cabral,⁷⁹⁶ em posições manifestadas à luz da realidade processual civil anterior, já defendiam a generalização da intervenção do *amicus curiae* para toda sorte de processo – inclusive extrajudicial –, inspirados que estavam pela influência do contraditório e da cooperação.

A chegada do CPC/1015 2015 trouxe um novo enfoque para o instituto. O art. 138, *caput*,⁷⁹⁷ atendeu aos reclamos da doutrina e deu a ele tratamento generalizado, incluindo a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em processos meramente individuais, realinhando a bases estruturais do contraditório à realidade vigente e permitindo a sua participação em processos nos quais se produzam decisões com efeitos vinculativos.⁷⁹⁸

Em processos arbitrais, a participação do *amicus curiae* ainda é tímida. Entretanto, com o fortalecimento da arbitragem coletiva, a tendência é a de que a participação do *amicus curiae* venha a se tornar mais recorrente.

⁷⁹⁴ A título de exemplo: “Art. 543-A, § 6º, do CPC/1973. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Brasília: DF, 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12.12.2022. “Art. 543-C, § 4º, do CPC/1973. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Brasília: DF, 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12.12.2022. “Art. 3º § 2º, da Lei nº 11.417/2006. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”, dentre outras situações”. BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2016**. Brasília: DF, 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

⁷⁹⁵ “A possibilidade de generalização do instituto do ‘amicus curiae’ entre nós, destarte, isto é, sua admissão mesmo fora daqueles casos em que a lei o prevê e dá condições, mais ou menos seguras, de identificação do instituto, nada mais é do que uma necessária consequência do processo de ‘filtragem constitucional’, vale dizer, de uma ‘interpretação conforme’ da legislação processual a partir dos valores constitucionais a serem realizados também no ambiente judiciário, de (con)formação do processo civil à luz de seu “modelo constitucional”. A descoberta de uma função processual a ser exercida pela figura do ‘amicus curiae’ é, inegavelmente, decorrência da constitucionalização do direito processual civil”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae: Um Terceiro Enigmático**, p. 587.

⁷⁹⁶ “Pensamos que o amigo da corte deve representar um gatilho de participação popular que não fique adstrito aos processos de controle abstrato da constitucionalidade ou tampouco aos incidentes de reserva de plenário nos tribunais, mas a todo caso em que houver interesse público envolvido”. CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes: A intervenção do Amicus Curiae*, Um Terceiro Especial, p. 124.

⁷⁹⁷ “Art. 138, *caput*. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Brasília: DF, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 12.12.2022.

⁷⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138, p. 211.

A falta de regulamentação legal, de previsão no regulamento aplicável ao processo arbitral ou da prévia concordância das partes litigantes, não podem constituir obstáculo ao seu ingresso, uma vez que, a despeito de ser considerado um terceiro interveniente, as suas características diferem de qualquer outra modalidade de intervenção de terceiros, por não defender interesse jurídico, mas sim interesse institucional.

Por conta da natureza *sui generis* da participação do *amicus curiae*, ou seja, por ser um terceiro juridicamente desinteressado, que embora não seja imparcial, atua em prol da concretização de seus interesses institucionais,⁷⁹⁹ a melhor alternativa para a análise de sua admissibilidade é a de atribuí-la aos árbitros, quer tenha havido ou não a anuência das partes, quer tenha sido a intervenção voluntária ou provocada.⁸⁰⁰

A prestação jurisdicional por meio de árbitros privados escolhidos pelas partes não significa que o processo deva ser trancado a sete chaves para impedir o ingresso de todos aqueles que não sejam signatários da convenção ou que não tenham sido autorizados a participar pelas próprias partes.

Quando a Administração Pública figurar como uma das partes do processo arbitral ou quando o direito controvertido for difuso, coletivo *lato sensu* ou individual homogêneo, cabe aos árbitros o exercício do monopólio da última palavra acerca da admissibilidade da atuação do *amicus curiae*, em razão do ingresso deste terceiro ter o potencial de contribuir para a ampliação do contraditório⁸⁰¹ e para o aperfeiçoamento das decisões que irá proferir.

Nessas situações, além da participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica – quando não for parte –, pode-se conferir legitimidade democrática ao procedimento situado na esfera da arbitragem coletiva pela atuação do *amicus curiae*, desde que preenchidos os requisitos autorizadores para que esta forma de participação possa validamente ocorrer.

⁷⁹⁹ “O ‘amicus’ não demanda, não é demandado, e tampouco é requisito para a sua intervenção que auxilie a parte em razão de qualquer entrelaçamento, subordinação ou conexidade entre relações jurídicas. Não há para tal modalidade de intervenção – e quanto a isso não repousa controvérsia – o interesse jurídico em sua concepção clássica. Não se aplica, em relação ao ‘amicus curiae’, o paradigma da relação jurídica, a evidenciar a existência de uma concepção ‘desrelacionada’ do interesse”. TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 239.

⁸⁰⁰ “Cumpre não esquecer que a última palavra sobre qualquer pleito de intervenção caberá necessariamente aos árbitros: ainda que as partes estejam de acordo com a intervenção do terceiro, os árbitros deverão deliberar sobre o assunto e podem entender que o ingresso de outro contendente é inadequado ou por qualquer motivo impróprio, o que significará o indeferimento de intervenção provocada ou voluntária”. CARMONA, Carlos Alberto. **Op. Cit.**, p. 310.

⁸⁰¹ Enunciado nº 619 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(arts. 6º, 138, 982, II, 983, § 1º) O processo coletivo deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório, como a realização de audiências públicas, a participação de ‘amicus curiae’ e outros meios de participação”.

Duas hipóteses podem ilustrar que a figura do *amicus curiae* não é estranha à arbitragem individual, e que, por muito mais razão, pode ser estendida à arbitragem coletiva, por conta da presença do interesse coletivo: (i) a intervenção anômala quando envolver a participação da Administração Pública; e (ii) a atuação da Comissão de Valores Mobiliários em arbitragens societárias.

O art. 5º da Lei nº 9.469/1997, acima mencionado, é uma regra de Direito Público e tem plena aplicabilidade aos processos arbitrais, por se aplicar “a todas e quaisquer demandas envolvendo a Administração Pública, desde que compatíveis com os princípios gerais que envolvam o procedimento”.⁸⁰²

Embora essa modalidade de intervenção já tenha sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça como caso de assistência litisconsorcial,⁸⁰³ a melhor classificação a ser conferida ao instituto é a de que ele é *amicus curiae*, na medida em que não se exige a demonstração de interesse jurídico.⁸⁰⁴

É importante registrar que essa modalidade de intervenção em processos arbitrais coletivos não exige que a União seja signatária da convenção arbitral. E mais: por tratar-se de uma prerrogativa de Direito Público, que não gera a ampliação do objeto da lide, o seu exercício não depende da anuência dos litigantes, seja antes ou posteriormente à instauração da arbitragem, e nem mesmo dos árbitros⁸⁰⁵ – diferentemente do que deve ocorrer em outros casos de ingresso do *amicus curiae*.

O art. 138 do CPC dispõe de critérios que devem ser observados no plano do processo judicial, mas eles não devem ser aplicados de forma automática na arbitragem coletiva, em razão das peculiaridades que esta possui em comparação com aquele outro. Quer

⁸⁰² NUNES, Tatiana Mesquita; CARDOSO, Paula Butti. A Administração Pública na Arbitragem e a Intervenção Anômala. In: **Direito Público e Arbitragem: Os Desafios Emergentes da Resolução Privada de Conflitos o Estado**. Organizadores: VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 321.

⁸⁰³ “PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA ENVOLVENDO CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL COM GARANTIA DE QUITAÇÃO DO SALDO RESIDUAL PELO FCVS - INTERVENÇÃO ANÔMALA DA UNIÃO FEDERAL - ART. 5º DA LEI 9.469/97 - POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência consolidada desta Corte, com arrimo no art. 5º da Lei 9.649/97, admite a intervenção da União Federal como assistente litisconsorcial quando presente ao menos interesse econômico no feito. 2. Havendo pedido expresso da União para integrar a lide, na condição de assistente simples da Caixa Econômica Federal, deve ser admitida a sua intervenção, sobretudo porque o seu interesse econômico na causa decorre da previsão contida no art. 6º, III, do Decreto-Lei 2.406/88. 3. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.137.243/SC**. Relatora: Min.^a Eliana Calmon, de 23 de março de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900804058&dt_publicacao=08/04/2010>. Acesso em: 12.12.2022.

⁸⁰⁴ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae: Um Terceiro Enigmático*, p. 221; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas Asas de Hermes: A intervenção do *Amicus Curiae*, Um Terceiro Especial, p. 24-25.

⁸⁰⁵ NUNES, Tatiana Mesquita; CARDOSO, Paula Butti. **Op. Cit.**, p. 326.

dizer: os requisitos a serem observados na arbitragem coletiva podem ser os mesmos que aplicados nos processos judiciais, mas não podem ser aplicados de forma mecânica,⁸⁰⁶ como se fosse desnecessário refletir a respeito do grau de adequabilidade.

Assim, se o art. 138 do Código de Processo Civil, ao tratar da representatividade adequada, da repercussão social e da relevância a matéria objeto da causa e da relevância das informações prestadas como requisitos a serem preenchidos para a intervenção do *amicus curiae* no processo judicial, isso não significa que deverão ser obrigatoriamente reproduzidos na realidade da arbitragem coletiva, porque outras exigências poderão ser fazer necessárias na perspectiva do caso concreto, como, por exemplo, uma que será vista a seguir e que cuida da ausência da onerosidade excessiva às partes litigantes.

Como bem enfatizado por Pedro Lins Conceição de Medeiros, “os árbitros devem, portanto, confrontar tais critérios ‘à luz de todas as circunstâncias do litígio’, ponderando, inclusive, a extensão e intensidade em que cada um deles foi ou não atendido, o que pode se dar em maior ou menor grau”.⁸⁰⁷

O primeiro requisito que precisa ser aferido é o da representatividade adequada, o que poderia gerar a falsa concepção de que está a cuidar de algo coincidente ao que deve ser aferido em relação ao substituto processual da ação judicial coletiva ou da arbitragem coletiva, que age como legitimado extraordinário.⁸⁰⁸

Aqui, nesta última situação, o requisito se justifica em razão do perigo da inadequação da representação fazer com que terceiros que não participaram do processo coletivo virem a suportar os efeitos da coisa julgada, sendo que, para tanto, não se exige a concordância de todos que são por ele representados.⁸⁰⁹

Entretanto, no caso do *amicus curiae*, quer em processo judicial quer em processo arbitral, a sua atuação não ocorre como substituto processual, porque o seu ingresso não se dá em nome próprio e na defesa de direito alheio. As partes processuais já se fazem presentes, representadas e em condições de apresentarem suas manifestações e de produzirem as provas que entenderem pertinentes. A representatividade adequada do *amicus curiae* deve ser

⁸⁰⁶ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A Figura do *Amicus Curiae* na Arbitragem Coletiva: Condições de Admissibilidade e Limites de Atuação. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 711.

⁸⁰⁷ **Idem, ibidem**, p. 712.

⁸⁰⁸ Enunciado nº 690 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A representatividade adequada do ‘amicus curiae’ não pressupõe legitimidade extraordinária”.

⁸⁰⁹ Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A representatividade adequada exigida do ‘amicus curiae’ não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

pensada sob a ótica de ampliação qualitativa do contraditório, exigindo-se um potencial de influência.⁸¹⁰

De tal modo, a aferição da representatividade adequada não pode ser feita em abstrato, mas apenas em concreto, “à vista do histórico da pessoa que se apresenta para a intervenção como ‘amicus curiae’ e das possibilidades de efetiva representação de certo grupo, categoria ou interesse”.⁸¹¹

A exigência que se faz da atuação do *amicus curiae* ampliar o debate, a fim de contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, deve ser verificada pelo requisito da contributividade, com manifestações que apresentem ao órgão julgador argumentos relevantes e inéditos para o deslinde da causa. Medir a potencialidade de contribuição para a melhoria do debate, nesses moldes, atesta a utilidade da intervenção pelo fato de trazer luz à discussão sobre ponto que não foram anteriormente abordados pelos outros sujeitos,⁸¹² pelo menos não na mesma profundidade.

A autorização de ingresso do *amicus curiae* deve também passar pela análise de sua qualificação objetiva, consistente na presença de aptidão técnica e cultural a respeito do assunto debatido no processo, o que vai além da verificação do interesse institucional.

Se o pedido de ingresso do *amicus curiae* não for autorizado pelos árbitros, a maneira pela qual ele poderá vir colaborar para o bom desenvolvimento do caso ocorrerá na esfera extraprocessual, por meio da apresentação de trabalhos diversos. Essa colaboração pode ocorrer até mesmo após a formação da coisa julgada arbitral, numa tentativa de manter aberto o diálogo sobre aquela determinada temática, com a indicação de erros e acertos, para reforçar ou alterar o entendimento sufragado na sentença arbitral.

Outro requisito que não se pode olvidar é o da ausência de onerosidade excessiva às partes, devendo-se levar em conta que a intervenção do *amicus curiae* acarretará o aumento dos custos das horas despendidas “i) pelos advogados das partes, na análise e na elaboração do pedido de admissão do ‘amicus’; e ii) pelos árbitros, na apreciação do pedido de admissão do ‘amicus’ e, eventualmente, na posterior consideração de sua contribuição”.⁸¹³

Diante dessa situação, interessante alternativa indicada pela doutrina, ao atestar a expansão da arbitragem coletiva e o aumento da participação do *amicus curiae*, refere-se à

⁸¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138, p. 213.

⁸¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 281.

⁸¹² TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**, p. 255.

⁸¹³ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A Figura do *Amicus Curiae* na Arbitragem Coletiva: Condições de Admissibilidade e Limites de Atuação. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 710.

criação de fundos de financiamento por parte das câmaras arbitrais, os quais poderiam ser mantidos pelas próprias companhias que tenham em seus estatutos cláusulas arbitrais dispendo sobre a aplicação dos regulamentos das câmaras e que podem ser acionadas por investidores.⁸¹⁴

4.10. DEVER DE CONSIDERAÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS POR TODOS OS PARTICIPANTES

A partir do momento em que se permite participação de diversos atores no plano da realidade do processo arbitral coletivo, de modo a ampliar o contraditório, com a potencialidade de diversas contribuições a representar a defesa de diversos interesses, parece ínsito o dever de todas as considerações e provas produzidas serem levadas em consideração pelos árbitros quando da prolação da sentença arbitral.

Isso porque a decisão arbitral não pode ser construída apenas a partir da análise isolada do órgão julgador ou ao menos das contribuições dos sujeitos que figurem nos polos ativo e passivo da demanda. O processo arbitral coletivo não é “coisa” apenas dos árbitros nem “coisa” apenas das partes litigantes. É “coisa” de todos os sujeitos que, de um modo ou de outro, dele participam.

Sob a ótica do modelo cooperativo de processo, inerente à arbitragem, o árbitro não pode ser o único autor das decisões que venha a proferir, porque todas as suas decisões devem ser provenientes de uma atividade conjunta, sendo os pronunciamentos arbitrais realizados apenas após o efetivo diálogo com as partes e com quem mais tenha do processo participado. Frise-se: os árbitros também fazem parte do diálogo processual.⁸¹⁵

Nesse ponto, as decisões arbitrais devem ser provenientes de uma verdadeira comunidade de trabalho com a finalidade de que seja prestada uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, o que, somente poderá ser alcançada, se houver plena

⁸¹⁴ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. **Op. Cit.**, p. 717.

⁸¹⁵ Segundo Montoro, essa característica é ainda mais forte na arbitragem, “até pelo fato de que os árbitros têm menos casos do que os juízes estatais e muitas vezes conhecerem melhor os temas em discussão em cada procedimento. Assim, os árbitros podem ter um importante papel ativo na arbitragem, o qual, se corretamente exercido, não implica em violação ao contraditório, mas sim no seu aperfeiçoamento. O diálogo do árbitro com as partes e seus advogados é fundamental quando se está criando ou adaptando as regras procedimentais”. MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do Procedimento Arbitral**. Tese: USP, 2010, p. 160-161. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf>. Acesso em: 05.09.2022.

observância à garantia de participação com influência e a proibição de decisão surpresa, extraída do contraditório.⁸¹⁶

Segundo a atenta lente de Calmon de Passos, “a participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e efetiva autodeterminação, indispensáveis para haver real cidadania”.⁸¹⁷

Isso significa que o processo arbitral há de se manter simétrico até a prolação de decisões arbitrais, em especial, a sentença, porque nesses momentos, diferentemente, será exercida uma função assimétrica apta a projetar um resultado que seja oriundo de toda a atividade forjada de modo cooperativo ao longo do processo.⁸¹⁸

O dever de consideração dos argumentos e provas de todos aqueles atores que participaram em contraditório do processo arbitral na fundamentação da sentença arbitral revela uma justificativa do poder decorrente da jurisdição privada, que, embora de origem contratual, não pode se desviar do conteúdo mínimo expressado pelo devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal, e art. 22, § 2º, da Lei nº 9.307/1996).

Cuida-se de uma forma de controle da função jurisdicional exercida pelos árbitros, sendo pertinente trazer a lume os ensinamentos de Michele Taruffo sobre o dever de motivação: “é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto”.⁸¹⁹

Como detentores do poder jurisdicional que possuem aptidão para proferir decisões imperativas, os árbitros precisam prestar constas de se sua atividade aos participantes do processo arbitral e à sociedade em geral, tendo em vista a presença de interesse da coletividade. É preciso averiguar a fundamentação da decisão arbitral para ter condições de aferir se o material oferecido pelos participantes foi devidamente considerado. Este é “‘o mais válido ponto de referência’ para controlar-se o efetivo daquela prerrogativa”.⁸²⁰

De nada adiantaria assegurar o contraditório, se os árbitros estiverem limitados apenas a dizer que determinados atores participaram regularmente do desenvolvimento do processo arbitral coletivo, apresentando argumentos e provas importantes para a solução da

⁸¹⁶ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Processo Civil Democrático, Contraditório e Novo Código de Processo Civil*, p. 23.

⁸¹⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando Os Que Nos Julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 71.

⁸¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009, p. 102.

⁸¹⁹ TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**, p. 21.

⁸²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88.

demanda, se, ao final, não houvesse análise detida sobre o que especificamente cada participante trouxe ao debate, capaz, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

A participação de todos os atores processuais não deve representar o cumprimento de uma mera exigência formal, tal como se destinasse somente para “inglês ver”, de modo que na aparência está presente, mas no conteúdo tem-se desprezo.⁸²¹ Se assim fosse, ter-se-ia como inócua a tentativa de se colocar em prática o modelo cooperativo tendente a aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional.

É claro que as considerações apresentadas pelos participantes podem ser desatendidas pelos árbitros. O que estes não podem fazer é ignorá-las. Isso acarretaria, de uma só vez, a violação ao contraditório e ao dever de motivação, na medida em que o produto da primeira garantia deve ser refletida na segunda.⁸²²

No caso de a sentença arbitral ser proferida à revelia da observância dessas garantias processuais, deve ser constatada a existência de *error in procedendo* e, por via de consequência, ser deflagrada a sua nulidade na esfera judicial.⁸²³

⁸²¹ De modo semelhante, mas em outra seara: NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SILVA, Juvêncio Borges. O Dever de Consideração dos Argumentos do *Amicus Curiae* no Controle Concentrado de Constitucionalidade. In: **Direito Constitucional em Foco: Estudos em Homenagem ao Magistrado Neyton Fantoni Júnior**. Coordenador: TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Leme: Editora Imperium, 2022, p. 471.

⁸²² CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138, p. 215. “Embora a aplicação do Código do Processo Civil (CPC) na arbitragem seja objeto de polêmica entre os estudiosos, no que interessa diretamente ao presente estudo, há um consenso no que diz respeito à incidência dos princípios constitucionais na arbitragem, representando característica inerente ao modelo de Estado Democrático de Direito o respeito à Constituição, que institui a norma diretriz de todo o ordenamento jurídico, com relação ao qual deve se adequar qualquer norma infraconstitucional, no caso a Lei de Arbitragem”. MONTES NETTO, Carlos Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Danilo Henrique. Da (Im)Possibilidade de Controle Judicial da Sentença Arbitral Com Fundamento na Proporcionalidade. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, vol. 17, nº 42, mai/ago 2022, p. 238. Disponível em: <<https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/885/425>>. Acesso em: 03.03.2023. No mesmo sentido: MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Aplicação da Proporcionalidade na Arbitragem. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2022, p. 203-218.

⁸²³ “A anulação da sentença arbitral deve ser sempre ‘excepcional’. Quando as partes escolhem a arbitragem, elas o fazem esperando que o julgamento de mérito do árbitro seja preservado e respeitado o ‘máximo possível’, o que requer um ‘controle limitado, restritivo e excepcional’ do Poder Judiciário, apenas quando houver vício insanável, ilegalidade ou violação de garantias processuais, conforme o rol constante do artigo 32 da LArb”. ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. In: **Curso de Arbitragem**. Coordenadores: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 263.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de processo civil clássico, influenciado por uma cultura liberal-individualista, mostrou-se incapaz de atender às necessidades do direito coletivo. A ideia consistente no ajuizamento de uma ação somente pelo titular do direito em desfavor de alguém para obter uma solução irradiadora de reflexos incidentes sobre essas mesmas partes mostrou-se inadequada.

Ações individuais relacionadas a direitos coletivos, além da evidente disparidade de armas, ficam suscetíveis a inconvenientes como o risco de decisões conflitantes, a morosidade processual, os gastos excessivos, a litigiosidade contida e o comprometimento da efetividade decisória.

Em razão disso, a partir das transformações socioeconômicas surgidas no século passado, teve-se presente uma prevalência macroscópica da tutela coletiva sobre a tutela individual, ou seja, fez-se premente que os conflitos que envolvem um feixe de relações jurídicas simultâneas devem ser solucionados do modo diferente do que acontece na perspectiva individual.

Assim, ao longo do tempo, sob a influência das *class actions* norte-americanas e de autores italianos, em particular de Mauro Cappelletti, foram criadas técnicas processuais para promoverem a adequada proteção do direito coletivo *lato sensu* (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), dando margem à constituição de um microsistema de tutela coletiva, ante a falta de um Código de Processo Civil Coletivo.

Enquanto no processo individual a legitimidade é ordinária, e, assim, apenas quem se firma titular do direito poderá, em nome próprio, pleiteá-lo, no processo coletivo a legitimidade é extraordinária, ao considerar que alguém pode agir em nome próprio, em prol da defesa de direito alheio, nos termos da lei. O Ministério Público, quando ajuíza uma ação civil pública se coloca como ente apto a agir em nome próprio, mas a sua atuação é voltada para proteger o direito da coletividade, a qual é por ele representada.

Além das ações coletivas tradicionais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, a tutela coletiva também pode ocorrer por meio de precedentes judiciais quando houver o emprego da técnica de julgamento de casos repetitivos, isto é, de incidente de resolução de demandas repetitivas, de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Entretanto, apesar dos sensíveis avanços operados na legislação que cuida da tutela de direitos coletivos no plano judicial, existem duas razões que levam à conclusão de

que ele pode não ser a via adequada para uma determinada situação. A primeira razão decorre da constatação de que há graves problemas situados no Poder Judiciário, que exteriorizam a ideia de que se esteja diante de um verdadeiro colapso, como a falta de estrutura adequada, o excesso de processos, a jurisprudência lotérica, a jurisprudência defensiva, a lentidão processual etc.

A outra razão diz respeito à ressignificação pela qual passou e tem passado o acesso à justiça, que foi ampliado para além do meio judicial. Quer dizer, sem excluir de antemão o modelo judicial, que pode ser o mais indicado para determinadas situações ou até mesmo o único por conta de restrições legais, deve-se manter aberta a possibilidade de adoção do meio que melhor se ajuste ao caso concreto (seja heterocompositivo ou autocompositivo, judicial ou extrajudicial), levando-se em conta a natureza da disputa, o relacionamento entre as partes, os valores contidos no litígio e os custos.

Numa perspectiva comparativa, um meio pode ser mais atrativo e adequado do que outro sob as cores das peculiaridades de uma situação específica. É impossível definir em abstrato qual meio é o mais adequado dentre todos os demais. Inexiste um meio “de ouro” ou um “super meio” que possa preferencialmente se sobrepor aos demais sem que seja feita uma análise comparativa à luz do caso concreto. Isso, ao mesmo tempo em que permite realizar um enfoque qualitativo, serve, de forma pragmática, também para reduzir o volume de serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Sob essa ótica, a arbitragem tem se mostrado como meio adequado de solução de conflitos individuais e também coletivos. A sociedade contemporânea, conscientemente ou não, mas impulsionada por importantes transformações ocorridas nas últimas décadas, olhou para o passado e encontrou na arbitragem a potencialidade necessária para levá-la a sério e fazê-la ressurgir como meio dotado de confiabilidade e eficiência, inclusive no que se refere a direitos coletivos, desde que patrimoniais disponíveis.

A falta de previsão legal específica para a arbitragem coletiva e o seu processamento não é indispensável, embora seja desejável para obter maior segurança jurídica e contribuir para o seu desenvolvimento. Uma lei sobre o assunto funcionaria nesse caso como um *nudge*, na medida em que incentivaria o uso da arbitragem para solucionar conflitos transindividuais e também melhoraria o ambiente de negócios, por promover uma mudança cultural estimulada pela lei.

As pretensões indenizatórias formuladas por associações representativas de investidores no mercado de ações ilustram a prática e a relevância da arbitragem coletiva, nesta hipótese, de traço societário, sendo famosos os casos envolvendo a Petrobras, a JBS e a

Americanas, todos referentes a direitos individuais homogêneos, segundo as informações divulgadas pela mídia. Nada impede, porém, que direitos difusos e coletivos em sentido estrito sejam de igual modo tratados em sede de arbitragem coletiva, desde que sejam patrimonialmente disponíveis. Em realidade, tudo que pode ser tratado no termo de ajustamento de conduta pode também ser no campo da arbitragem.

Em relação à arbitralidade subjetiva, possuem legitimidade ativa para a abertura da arbitragem coletiva todos aqueles que são legitimados para a propositura da ação civil pública, podendo atuar na defesa do direito dos representados de modo semelhante ao que ocorre em nível judicial. Nesse ponto, o microssistema de tutela coletiva autoriza, por justaposição, a transferência desses legitimados para a arbitragem coletiva.

Todavia, o fato de haver uma relação de legitimados em lei aplicável à arbitragem não significa que sempre haverá representação adequada de todos eles em todas as situações. As condições para tanto não foram previstas unicamente na lei. Tem-se aí apenas uma presunção relativa, que, no controle concreto a ser realizado pelo árbitro, pode ou não ser confirmada quando confrontada com as condições do representante (técnicas, jurídicas, econômicas etc.).

Não se cuida de atribuir voluntarismos ao árbitro ao defender a possibilidade de aferição da representatividade adequada, uma vez que, ao agir de modo, nada mais se está a fazer do que concretizar o devido processo legal. Cuida-se de impedir que o processo arbitral coletivo seja descolado da realidade, servindo como palco para fraudes e comportamentos desprovidos de boa-fé.

Além disso, sem o controle da representatividade adequada o contraditório tende a ser violentado diante da estreita relação existente entre a legitimidade e a coisa julgada.

Esse controle pode ser feito pelo árbitro durante todo momento de sua atuação, desde a abertura do processo arbitral coletivo até a prolação da sentença arbitral definitiva. Os critérios a serem observados não são taxativos, mas merecem atenção os seguintes: (i) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do autor, incluindo a do advogado, do membro do Ministério Público ou a Defensoria Pública; (ii) o histórico consistente na proteção dos direitos coletivos dos representados; (iii) a conduta desenvolvida pelo autor em outros processos coletivos, judiciais ou extrajudiciais; (iv) a coincidência de interesses entre representados e o objeto discutido na demanda coletiva; e (v) o tempo da instituição da associação autora.

Por outro lado, o controle da representatividade adequada deve ser feito com forte senso de responsabilidade pelo árbitro, porque ele não pode ser corrompido para represar

arbitragens coletivas. Não se deve exigir que o representante do grupo, classe ou categoria venha a ser considerado “o” melhor dentre todos os legitimados. Esse tipo de leitura é desproporcional e indesejada. O que deve ser observado pelo árbitro é a obtenção de uma resposta positiva após a verificação dos critérios exigidos para o controle da representatividade adequada.

Sendo constatada a inadequação da representação, o processo arbitral coletivo deve ser extinto sem resolução do mérito, não podendo ocorrer sucessão processual típica da ação civil pública a não ser por parte do Ministério Público que ali já esteja exercendo o papel de fiscal da ordem jurídica, salvo se outro legitimado ativo também tenha sido signatário da convenção de arbitragem, quando então também poderá assumir a titularidade ativa da demanda.

Como o autor do processo arbitral coletivo não é propriamente o titular o direito material, o contraditório se manifesta pela atuação do representante desses titulares. Os titulares são afetados por uma decisão arbitral de cujo processo não participaram diretamente. Por isso, ante o interesse da coletividade em jogo, advoga-se pela admissibilidade de ingresso do *amicus curiae*, como maneira de ampliar subjetivamente o processo e de trazer para o debate argumentos diversos daqueles apresentados pelas partes e que sejam capazes de contribuir para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional.

A ausência de previsão legal, de autorização no regulamento arbitral ou de anuência dos litigantes, não inviabiliza a admissibilidade do *amicus curiae* pelo árbitro, seja na modalidade voluntária (já que o processo há de ser público) ou provocada, visto que, embora seja considerado um terceiro interveniente, as características por ele apresentadas são diferentes de qualquer outra modalidade de intervenção de terceiros, por não defender interesse jurídico, mas somente interesse institucional.

Também se exige que o *amicus curiae* possua representatividade adequada, mas esse requisito não deve ser observado de modo semelhante ao aplicado no caso do legitimado extraordinário, posto que a sua participação no processo não se dá na defesa de direito alheio, sendo justificada pela ampliação qualitativa do contraditório marcada pela presença de um potencial de influência significativo, levando em consideração fatores objetivos que venham a indicar a alta representatividade na matéria controvertida.

Nesse contexto de ampliação dos partícipes processuais, todos os argumentos e provas que foram por eles produzidos em contraditório devem ser considerados pelos árbitros quando da fundamentação da sentença arbitral, em atenção, uma vez mais, às exigências decorrentes do devido processo legal. É certo que os árbitros podem deixar de acolher as

considerações feitas pelos participantes, porém não poderão ignorá-las. Se ignoradas as considerações dos participantes, aquelas capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, a sentença arbitral será marcada por *error in procedendo* e, por via de consequência, poderá ser deflagrada a sua nulidade na esfera judicial.

Por derradeiro, tem-se que registrar que o presente estudo inovou por apresentar Anteprojeto de Lei com a finalidade de promover alterações na Lei nº 9.307/1996, e, dessa maneira, ampliar a aplicação da arbitragem em matéria de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como disciplinar a legitimidade ativa, a representatividade adequada, a atuação do Ministério Público e a participação o *amicus curiae*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *Stare Decisis* ao Precedente Brasileiro: dos fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Capacidades Institucionais do *Amicus Curiae* no Supremo Tribunal Federal: Acessibilidade, Admissibilidade e Influência. **Revista Direito o Práxis**, vol. 10, nº 1, 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39502/28159>>. Acesso em: 17.01.2022.

ALMEIDA, Gregório de 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, Rafael Francisco. A Imparcialidade do Árbitro no Direito Brasileiro: Autonomia Privada ou Devido Processo Legal? **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, 2005 (Revista dos Tribunais Online).

ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. In: **Curso de Arbitragem**. Coordenadores: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda; DANTAS, André Ribeiro. Direito Processual Arbitral: Natureza Processual da Relação Jurídica Arbitral e Incidência do Direito Constitucional Processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Yuri Maciel. **Arbitragem e Devido Processo Legal**. São Paulo: Almedina, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: Para Além da Proteção dos Interesses Individuais e Homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Direito Processual Coletivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Tema 1.075, do STF, e os Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva. In: **Migalhas**, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340811/o-tema-1-075-e-os-limites-territoriais-da-coisa-julgada-coletiva>>. Acesso em: 31.01.2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação e Interesses Concorrentes. In: **Processos Estruturais**. Organização: JOBIM, Marco Felix; ARENHART, Sérgio Cruz. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal Individual e o Processo Democrático Brasileiro. **Novos Estudos - CEBRAP**, v. 37, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 14.02.2022.

ARRUDA ALVIM. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA ALVIM. Jurisdição Estatal, Arbitragem e Autonomia Privada. In: **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ**. Organizadores: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ATAÍDE JR., Jalmiro Rodrigues. A Fundamentação Adequada Diante do Sistema de Precedentes Instituídos pelo NCPC. **Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR., Fredie *et al.* Salvador: Juspodivm, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. O Que É “Devido Processo Legal”? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 163, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Revista FADUSP**, v. 94, 1999. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>>. Acesso em: 28.06.2022.

AZEVEDO, Júlio Camargo. O Microsistema de Processo Coletivo Brasileiro (Uma Análise Feita à Luz das Tendências Codificadas). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. 7. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20831/15109>>. Acesso em: 31.01.2022.

B3 – BOLSA BRASIL BALCÃO. **Regulamento do Novo Mercado, de 03 de outubro de 2017**. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20-%28Sancoes%20pecuniarias%202019%29.pdf>>. Acesso em: 27.01.2023.

BACELO, Joice. Valor Econômico. **Investidores Tentam Abrir Nova Arbitragem Contra Americanas, de 26 de janeiro de 2023**. Disponível em:

<<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/01/26/investidores-tentam-abrir-nova-arbitragem-contra-americanas.ghtml>>. Acesso em: 27.01.2023.

BACK, Gabriela Cristina. Arbitragem Como Método de Resolução de Conflitos e Natureza Transindividual. **Dissertação de Mestrado**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2018. Disponível em: <<https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Gabriela-Back.pdf>>. Acesso em: 28.06.2022.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Da Função à Estrutura. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 158, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Ação Popular do Direito Brasileiro Como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 1982 (Revista dos Tribunais Online).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 139, jan/mar. 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2013 (Revista dos Tribunais Online).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 102, 2001 (Revista dos Tribunais Online)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 122, 2005 (Revista dos Tribunais Online).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 39, 1985 (Revista dos Tribunais Online).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso e Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista do Serviço Público**, 39(2), 1982, p. 59. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2252>>. Acesso em: 03.02.2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. A *Citizen Action* Norte-americana e a Tutela Ambiental. In: **BDJur**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062413.pdf> >. Acesso em: 31.01.2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BITTAR, Eduardo. O Direito na Pós-Modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/inex.php/sequencia/article/download/2177-7055.2008v29n57p131/13642/46105>>. Acesso em: 28.06.2022.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139, de 29 de abril de 2009**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 31.01.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 31.01.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 31.01.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, de 29 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL%205139/2009>. Acesso em: 02.01.2023.

BRASIL. **Código Comercial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução 80 da Comissão de Valores Mobiliários**, de 29 de março de 2022. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol080.html>>. Acesso em: 02.01.2023.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Comercial**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 12.06.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 10.12.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes 2012**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva**, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%20Pesquisa%20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%20a7%20c3%20b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 11.08.2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: DF, Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26.06.2022.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução 44 da Comissão de Valores Mobiliários, de 23 de agosto de 2021**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol044.html>>. Acesso em: 02.01.2023.

BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 21.05.2022.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília> DF, Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 11.08.2022.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Livro III. Título XVI. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p578.htm>>. Acesso em 21.05.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 510.150/MA**. Relator: Min. Luiz Fux, de 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8903270/recurso-especial-resp-204822-rj-1999-0016112-2-stj/relatorio-e-voto-14028394>>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.121.233/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, de 14 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900195474&dt_publicacao=02/02/2011>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 1.005.587/PR**. Relator: Min. Luiz Fux, de 02 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702694500&dt_publicacao=14/12/2010>. Acesso em: 22.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Recurso Especial 911.802/RS**. Relator: Min. José Delgado. Voto-Vencido: Min. Herman Benjamin, de 24 de outubro de 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602724586&dt_publicacao=01/09/2008>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Conflito de Competência 185.702-DF, de 22 de junho de 2022**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2186844&tipo=0&nreg=202200232916&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220630&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.388.792/SE**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 06 de maio de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301891233&dt_publicacao=18/06/2014>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.177.453/RS**. Relator: Min. Campbell Marques, de 30 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000147730&dt_publicacao=30/09/2010>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.712.163/SP**. Relator: Min. Moura Ribeiro, de 25 de setembro de 2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=27/09/2019>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Reclamação 36.459/DF**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 26 de setembro 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102738163&dt_publicacao=26/11/2020>. Acesso em: 14.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.217.554/SP**. Relatora: Min^a. Eliana Calmon, de 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001847486&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.401.500/PR**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302931370&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.558.086/SP**. Relator: Min. Humberto Martins, de 10 de março de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500615780&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.401.500/PR**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302931370&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.905.367/DF**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001021941&dt_publicacao=14/12/2020>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 611.299/SP**. Relator: Min. Min. Herman Benjamin, de 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402611748&dt_publicacao=05/09/2016>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 446.652/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 18 de março de 2014. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304041559&dt_publicacao=27/03/2014>. Acesso em: 22.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.064.009/SC**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 04 de agosto 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801227377&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.410520/MG**. Relatora: Min.^a Eliana Calmon, de 03 de 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303453944&dt_publicacao=10/12/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 946.973/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 05 de junho de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700939327&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.064.009/SC**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 04 de agosto 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801227377&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.410520/MG**. Relatora: Min.^a Eliana Calmon, de 03 de 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303453944&dt_publicacao=10/12/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 946.973/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 05 de junho de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700939327&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 739.483/CE**. Relator: Min. Humberto Martins, de 06 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500538970&dt_publicacao=23/04/2010>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.264.116/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 18 de outubro de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101565299&dt_publicacao=13/04/2012>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.959.435/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, de 30 de agosto e 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102897496&dt_publicacao=01/09/2022>. Acesso em: 24.04.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.388.792/SE**. Relator: Min. Herman Benjamin, de 06 de maio de 2014. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301891233&dt_publicacao=18/06/2014>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1.177.453/RS**. Relator: Min. Campbell Marques, de 30 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000147730&dt_publicacao=30/09/2010>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 299.400/RJ**. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Relatora para o Acórdão: Min.^a Eliana Calmon, de 02 de agosto de 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100030947&dt_publicacao=02/08/2006>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.409.346/RS**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 25 de março de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101016667&dt_publicacao=01/08/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.409.346/RS**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 25 de março de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101016667&dt_publicacao=01/08/2013>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.311.156/SE**. Relator: Min. Sidnei Benetti, de 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.888.383/RS**. Relatora: Min.^a Nancy Andrighi, de 01 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000390556&dt_publicacao=01/12/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.724.754**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, de 01 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702450760&dt_publicacao=01/12/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.311.156/SE**. Relator: Min. Sidnei Benetti, de 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.550.260/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 12 de dezembro de 2017. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402050562&dt_publicacao=20/03/2018>. Acesso em: 14.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.602.696/PI**. Relator: Min. Moura Ribeiro, de 23 de setembro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502385961&dt_publicacao=23/09/2016>. Acesso em: 14.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.803.752/SP**. Relatora: Min.^a Nancy Andrichi, de 04 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900226898&dt_publicacao=24/04/2020>. Acesso em: 14.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.628.819/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrichi, de 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602553101&dt_publicacao=15/03/2018>. Acesso em: 26.06.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 936.741/GO**. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, de 03 de novembro de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700658526&dt_publicacao=08/03/2012>. Acesso em: 30.05.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.539.056/MG**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 18 de maio de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501446406&dt_publicacao=18/05/2021>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.588.036/RJ**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001164787&dt_publicacao=16/04/2021>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.549.850/SP**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501948833&dt_publicacao=19/05/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.549.850/SP**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501948833&dt_publicacao=19/05/2020>. Acesso em: 09.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.134.957/SP**. Relatora: Min.^a Laurita Vaz, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300519527&dt_publicacao=30/11/2016>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal e Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial Repetitivo 1.243.887/PR**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, de 12 de dezembro de 2011. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Sentença Estrangeira Contestada 856/GB**. Relator: Min. Carlos Alberto Direito, de 18 de maio de 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500314302&dt_publicacao=27/06/2005>. Acesso em: 14.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 329**. Brasília: DF, de 02 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sumstj/article/download>>. Acesso em: 22.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula 470**. Brasília: DF, de 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_470_2015_Segunda_Secao.pdf>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Humberto Martins destaca produtividade do STJ durante a pandemia**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17032021-Humberto-Martins-destaca-produtividade-do-STJ-durante-a-pandemia.aspx>>. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Posse dos Ministros Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha, Respectivamente, nos Cargos de Presidente e de Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, realizada em 7 de Abril de 2008**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99411/Ata_Pres_Gomes_Vice_Cesar.pdf>. Acesso em: 08.02.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.402/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, de 07 de março de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347034>>. Acesso em: 05.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576/MC**. Relator: Min. Marco Aurélio, de 16 de abril de 1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>>. Acesso em: 12.04.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário 253.885/MG**. Relatora: Min.^a Ellen Gracie, de 21 de julho de 2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>>. Acesso em: 22.04.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 163.231/SP**. Relator: Min. Maurício Corrêa, 26 de fevereiro de 1997. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 04.03.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 374.981/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, de 28 de março de 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho47278/false>>. Acesso em: 05.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1.101.937/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, de 08 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135788>>. Acesso em: 21.04.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**, de 28 de junho de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>>. Acesso em: 05.09.2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As Class Actions* Norte-americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 82, 1996 (Revista dos Tribunais Online).

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil – Parte Geral do Código de Processo Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, vol. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Procedimento nos Tribunais e Recursos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Requiém para a Ação Civil Pública**. Coordenadores: FIUZA, César Augusto de Castro; DE SÁ, Maria de Fátima; DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. **Precedentes**. Coordenação: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Organizadores: FREIRE, Alexandre *et al.* Salvador: Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa-Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista os Tribunais, 2014, v. 231 (Revista dos Tribunais Online).

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

CABRAL, Antonio do Passo. O Novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: Uma Alternativa às Ações Coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 147, 2007 (Revista dos Tribunais Online).

CABRAL, Érico Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, 2004, p. 9 (Revista dos Tribunais Online).

CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução: Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão Processual do Devido Processo Constitucional. **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Parte Geral**. DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, vol. 1.

CÂMARA PORTUGUESA. **Regulamento Suplementar Para Arbitragens Coletivas do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil – São Paulo, de 26 de abril de 2021**. Disponível em: <<https://www.camaraportuguesa.com.br/centro-de-mediacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 27.01.2023.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Seleccionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 786, 2001.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os Precedentes e o Dever de Motivação no Novo Código de Processo Civil. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**.

Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMPILONGO, Celso. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, vol. 1.

CAPONI, Remo. Autonomia Privada e Processo Civil: Os Acordos Processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014 (Revista dos Tribunais Online).

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Seleccionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6.

CERBINO, Grasiela. Arbitralidade em Demandas Coletivas. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CHASE, Oscar. **Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada**. Tradução: Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil**, 2021. Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 05.09.2022.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 40, Out-Dez/2013.

COSTA, Suzana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de. A Participação de Terceiros no Julgamento de Incidente de Demandas Repetitivas: Uma Análise do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020.

COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação: Proposições Para o Desenvolvimento de Uma Teoria Acerca dos Processos Estruturais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

COUTINHO, Renato Fernandes. **Convenção de Arbitragem: Vinculação de Não Signatários**. São Paulo: Almedina, 2020.

COUTO, Monica Benetti. O Novo CPC e (Esperança de) Superação da Jurisprudência Defensiva. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, vol. 19, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31801>>. Acesso em: 09.02.2022.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o Processo Autoritário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 242, 2015 (Revista dos Tribunais Online).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Um Basta à Perversidade da Jurisprudência Defensiva. **Consultor Jurídico**, 24 de junho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 09.02.2022.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Superior Tribunal de Justiça Privilegia a Arbitragem. In: **Questões Polêmicas do Processo Arbitral**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: Tutela Pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Aline; ATHAYDE, Júlia Merçon M. Arbitragem, Confidencialidade e Tutela Coletiva de Direitos. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcos Seixas. O Respeito aos Precedentes Como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Adequada em Litígios Complexos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Coordenação: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 119, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Possibilidade de Emendas e Alterações a Pedidos e o Princípio da Estabilização no Procedimento Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 35, 2012 (Revista dos Tribunais Online).

DINIZ, Maria Helena. Código Civil de 1916. In: **História do Direito Brasileiro**. Organizador: BITTAR, Eduardo C. B. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Como Se Faz Uma Tese**. Tradução: Gilson Cesar de Souza. 27ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. O Árbitro. In: **Curso de Arbitragem**. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios. **Estudos Avançados**, 18 (51), 2004. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwBGPnsgbRRM3FmQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 08.03.2023.

FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIA, Marcela Kolbach de. **Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FARIA, Marcela Kolbach de. A Possibilidade da Instituição da Arbitragem em Demandas Coletivas – PL 5.219/2009. Análise da Experiência Norte-Americana. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 34, 2012 (Revista dos Tribunais Online).

FARIA, Márcio Carvalho. O Novo Código de Processo Civil vs. a Jurisprudência Defensiva. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARO, Marcela Pereira. Do Processo Bipolar a Um Processo Coletivo Estrutural. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 11.08.2022.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Ativismo Judicial, Indisponibilidade de Bens e Ação de Improbidade Administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo Por Artigo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 Anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica da Presidência da República**, vol. 5, nº 59, abril 2004. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/639>>. Acesso em: 05.09.2022.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves; ROCHA, Matheus Lins. Arbitragem Coletiva e a Efetivação do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça. **Arbitragem: Atualidades e Tendências**. Coordenadores: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. O segredo de justiça em ações sobre arbitragem. **Valor Econômico**. São Paulo, 18 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/18/o-segredo-de-justica-em-aco-es-sobre-arbitragem.ghtml>>. Acesso em: 04.11.2022.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JR., Joel. **Arbitragem**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. Análise Crítica da Cultura da Confidencialidade na Arbitragem Coletiva Societária. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Benaduzi. São Paulo: Revista os Tribunais, 2021.

FOLHA DE S. PAULO. **Acordo da Petrobras Para Encerrar Ação é o Maior de Estrangeira nos EUA, de 03 de janeiro de 2018**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1947735-advogados-americanos-comemoram-vitoria-historica-contra-petrobras.shtml>>. Acesso em: 28.06.2022.

FONTAINHA, Fernando; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger. (Organizadores). **História Oral do Supremo: 1988-2013. Sepúlveda Pertence**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, vol. 3, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13672/Hist%20c3%b3ria%20Oral%20do%20Supremo%20-%20Volume%2003%20-%20Sep%20c3%b3lveda%20Pertence.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 14.02.2022.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade Adequada nos Processos Coletivos. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/publico/Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf>. Acesso em: 11.08.2022.

FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária: Fundamentos Para Uma Possível Regulação. **Dissertação de Mestrado**. Universidade de São Paulo, 2015.

FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Art. 488. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; e CUNHA, Leonardo Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAJARDONI, Fernando da. Flexibilidade Procedimental (Um Novo Enfoque Para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual). **Tese de Doutorado em Direito**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf>. Acesso em? 12.06.2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB**, vol. 5, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3270/pdf>>. Acesso em: 10.02.2022.

GIDI, Antonio. A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 108, 2001.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, 1995.

GRAU, Eros. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública e o Autoritarismo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 96, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Aparente Restrição da Coisa Julgada na Ação Civil Pública: Ineficácia da Modificação ao Artigo 16 pela Lei 9.494/1997. In: **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Organizador: Guilherme José Purvin de Figueiredo. São. Paulo, Max Limonad, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Coordenação: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio Sobre a Processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: Compatibilidade e Incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências na Tutela dos Interesses Difusos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 78, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência Sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, 2006 (Revista dos Tribunais Online).

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRION, Renato Stephan. Procedimento II. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GUERRERO, Luís Fernando. Arbitragem e Processo Arbitral. In: **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias**. Coordenadores: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Lopes da. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HOLMES. Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W Norton & Company, 2000.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Acesso à Justiça e (In)Segurança Jurídica: O Conhecimento e a Determinação dos Direitos no Sistema Brasileiro. **Revista da Ajuris**, vol. 45, n. 144, 2018. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/825/Ajuris-144-DT%205.pdf>>. Acesso em: 12.02.2022.

IRTI, Natalino. **L'Età dela Decodificazione**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JARROSON, Charles. Reflexões Sobre o *Imperium*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 27, Jul-Set/2010.

JASPER, Eric Hadmann; RODRIGUES, Vivian. **Valor Econômico**. Financiamentos de Litígios: Riscos e Oportunidades, de 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/04/financiamento-de-litigios-riscos-e-oportunidades.ghtml>>. Acesso em: 24.04.2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEITE, Antônio Teixeira. A Constituinte de 1934 e a Unificação do Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, nº 2, jul./dez. 2016. Disponível em:

<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/52bccb35a40e973d4455d83efe7228b5.pdf>>. Acesso em: 31.01.2022.

LEMOS, Vinícius Silva. O Princípio da Primazia de Mérito na Fase Recursal de Acordo Com o NCPC. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas Escalonadas: A Mediação Comercial no Contexto da Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada**. Tradução: Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Bernardo Silva de. A Arbitralidade do Dano Ambiental e o Seu Ressarcimento. **Dissertação de Mestrado**. Salvador: Universidade Federal a Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10789/1/Bernardo.pdf>>. Acesso em: 28.06.2022.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, 2016 (Revista dos Tribunais Online).

LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; SIQUEIRA, Taíze Moraes. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Suspensão dos Processos Pendentes. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ARAÚJO, Luciano Vianna; DOTTI, Rogéria Fagundes. Desjudicialização da Execução Civil: A Quem Atribuir as Funções de Agente de Execução? **Consultor Jurídico**, 10.12.2020. Disponível em: <www.conjur.com.br/2020-dez-10/opinio-desjudicializacao-execucao-civil>. Acesso em 29.05.2022.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa Julgada *Secundem Eventum Probationis* e Pedido nas Ações Coletivas. In: **Processos Coletivos e Tutela Ambiental**. Organizadores: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Santos: Editora Universitária Leopoldinum, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010.

MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo Para a Definição de Ratio Decidendi na Teoria dos Precedentes Judiciais. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel de. O Regime Jurídico dos Precedentes Judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 237, 2014 (Revista dos Tribunais Online).

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2ª ed. Tradução: Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os Recursos no Novo CPC e a “Jurisprudência Defensiva”. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARANHÃO, Cleyton; GOMES, Frederico Augusto. O Terceiro Afetado e o Devido Processo Legal de Demandas Repetitivas. In: **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o 'sentido exato da lei' para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 950, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos: Entre Precedente, Coisa Julgada Sobre Questão, Direito Subjetivo ao Recurso Especial e Direito Fundamental de Participar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, 2015 (Revista dos Tribunais Online).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios Para a Sua Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZONETTO, Nathália. Uma Análise Comparativa da Intervenção de Terceiros na Arbitragem Sob a Ótica dos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 14, Abr-Jun/2007.

MECA, Daniela; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A Limitação Territorial da Coisa Julgada Como Óbice ao Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 16, n. 23, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1972>>. Acesso em: 31.01.2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIJAS, Lucas Britto. **Controle da Atividade o Árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC: Doutrinas Selecionadas**. Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 6.

MENDES, Conrado Hubner. O Projeto de uma Corte Deliberativa. Organizadores: VOLVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Fernando. Arbitragem na Administração Pública Como *Nudge* Para a Melhoria do Ambiente de Negócios. In: **Direito Público e Arbitragem: Os Desafios Emergentes da Resolução Privada de Conflitos do Estado**. Organizadores: VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios Alternativos na Resolução e Conflitos de Interesses Transindividuais. **Dissertação de Mestrado**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf>. Acesso em: 28.06.2022.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Processo Civil e Processo Incivil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 131, 2006.

MESSA, Ana Flávia; ROVAI, Armando Luiz. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2021.

MIGALHAS. **STJ Considera Ilegítima Arbitragem Requerida Por Minoritários da JBS, de 23 de junho de 2022**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/368445/stj-considera-ilegitima-arbitragem-requerida-por-minoritarios-da-jbs>>. Acesso em: 27.01.2023.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo XV, 1977.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 245, jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 245, jul. 2015.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Danilo Henrique. Da (Im)Possibilidade de Controle Judicial da Sentença Arbitral Com Fundamento na Proporcionalidade. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, vol. 17, nº 42, mai/ago 2022. Disponível em: <<https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/885/425>>. Acesso em: 03.03.2023.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Aplicação da Proporcionalidade na Arbitragem. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2022.

MONTESQUIEU, C. de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Vitor Silva de. A Arbitragem Coletiva Como Meio de Tutela dos Direitos de Acionistas Minoritários de Companhias Abertas. **Dissertação de Mestrado**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23195/2/Vitor%20Silva%20de%20Moraes.pdf>>. Acesso em: 14.11.2022.

MOREIRA NETO, Júnior Alexandre. A Figura do *Third-Party Funding* no Processo Arbitral Brasileiro: Natureza Jurídica do Contrato de Financiamento e os Efeitos Processuais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 18, 69, 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MURIEL, Marcelo A.; DIAS, Aline. Controle de Representatividade Adequada nas Arbitragens Coletivas. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Benaduzi. São Paulo: Revista os Tribunais, 2021.

NALINI, José Renato. É Urgente Construir Alternativa à Justiça. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Coordenação: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. A Importância da Arbitragem na Atual Tendência à Desjudicialização dos Conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 70, jul./set. 2021 (Revista dos Tribunais Online).

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza; NERY JR., Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NERY, Ana Luiza. Notas Sobre a Arbitragem Coletiva no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, 2017 (Revista dos Tribunais Online).

NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O Sistema de Multiportas e o Acesso à Justiça no Brasil: Perspectivas a Partir do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 276, 2018 (Revista dos Tribunais Online).

NORTHFLEET, Ellen Gracie. O papel decisivo do STJ para o progresso da arbitragem no Brasil. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NUNES, Danilo Henrique. Arbitragem Como Meio de Paridade de Armas na Defesa de Grupos Vulnerabilizados em Reparação De Danos. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2021.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo: Com Comentários Sobre a Virada Tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de Precedentes e *Distinguishing* no CPC/2015: Uma Breve Introdução. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SCARDOELLI, Dimas Yamada. Agronegócio e Arbitragem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista os Tribunais, vol. 1.039, 2022.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SCARDOELLI, Dimas, Yamada. Agronegócio Transnacional e Arbitragem Internacional: Reflexões Sobre a Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1049, 2023.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes; SILVA, Juvêncio Borges. O Dever de Consideração dos Argumentos do Amicus Curiae no Controle Concentrado de Constitucionalidade. In: **Direito Constitucional em Foco: Estudos em Homenagem ao**

Magistrado Neyton Fantoni Júnior. Coordenador: TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Leme: Imperium, 2022.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo Civil Democrático, Contraditório e Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256 (Revista dos Tribunais Online).

NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. Limites aos Poderes Instrutórios do Árbitro: Contraditório e Convenção Arbitral. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1030, 2021.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 970, 2016 (Revista dos Tribunais Online).

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider; SILVA, Juvêncio Borges. Termo de Ajustamento de Conduta: Instrumento Apto Para Transacionar na Solução de Conflitos de Natureza Transindividual? In: **Tutela Coletiva: Aspectos Materiais e Processuais. Estudos em Homenagem ao Professor Sebastião Sérgio da Silveira.** Coordenadores: TEOTÔNIO, Paulo José Freire; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Leme: Imperium, 2022.

NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem Como Método Adequado de Resolução de Conflitos nos Contratos Agroindustriais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 62, abr-jun/2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (*Pacto de São José da Costa Rica*), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 33.04.2022.

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema. **Tese de Doutorado.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf>. Acesso em 05.09.2022.

PARGENDLER, Mariana *et al.* Cláusulas Arbitrais em Números no Mercado de Capitais Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 19, 75, 2022.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando Os Que Nos Julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5186657/mod_resource/content/1/J.%20J.%20Calmon%20de%20Passos%20-%20Instrumentalidade%20do%20processo%20e%20devido%20processo%20legal.pdf>. Acesso em: 28.07.2002.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A Duração Razoável do Processo na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Guilherme Setoguti P. Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias. In: **Processo Societário III**. Coordenadores: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti P. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do Judiciário: Observações de Um Economista. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 75, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. VII. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21117>>. Acesso em: 30.04.2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016 (Revista dos Tribunais Online).

PIRES, Catarino Monteiro. A Decisão do Superior Tribunal de Justiça Relativa ao Conflito de Competência nº 175.802/DF, de 30 de Junho de 2022: Uma Releitura do Princípio Competência-Competência? **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 19, 76, 2022.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. São Paulo: Almedina, 2016.

PUCCI, Adriana Noemi. O Árbitro Modelo. In: **A Arbitragem e Outros Temas de Direito Privado: Estudos em Homenagem a José Emílio Nunes Pinto**. Organizadores: MOREIRA, Ana Luiza B. M.; BERGER, Renato. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus Curiae” e a Legitimação dos “Julgamentos Repetitivos”. **Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Salvador: Juspodivm, 2020.

QUINTAS, Fábio Lima. O Que a Constituição Tem a Dizer Sobre a Polêmica da Abrangência da Sentença Coletiva (Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública)? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 315, 2021.

RIBEIRO, Diego Diniz. Precedentes em Matéria Tributária e o Novo CPC. In: **Processo Tributário Analítico**. Coordenação: Paulo César Conrado. São Paulo: Noeses, 2016, vol. 3.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROQUE, André Vasconcelos. As Ações Coletivas no Direito Brasileiro Contemporâneo: De Onde Viemos, Onde Estamos e Para Onde Vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. 12, 2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>>. Acesso em: 31.01.2022.

ROQUE, André Vasconcelos. A Evolução da Arbitralidade Objetiva no Brasil: Tendências e Perspectivas. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 48, abr./jun. 2013, p. 4. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2577641/Andre_Vasconcelos_Roque.pdf>. Acesso em: 28.06.2022.

ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem de Direitos Coletivos no Brasil: Admissibilidade, Finalidade e Estrutura. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9318/1/Andre%20Roque_Final.pdf>. Acesso em: 28.10.2022.

SALLES, Carlos Alberto de. Introdução à Arbitragem. In: **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de Método Adequado de Solução de Controvérsias**. Coordenadores: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Lopes da. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Luís Ricardo Bykowski; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Mediação e Conciliação nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, Instrumento Para a Solução Alternativa de Litígios e Fortalecimento da Cidadania. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Brasília, v. 3, nº 1, 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1863/pdf>>. Acesso em: 22.04.2022.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação 4022778-88.2013.8.26.0405**. Relator: Des. Teixeira Leite, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8476113&cdForo=0>>. Acesso em: 14.07.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Tutela Antecipada Antecedente nº 2090011-46.2020.8.26.0000. Decisão Monocrática. Voto nº 21.498**. Relator: Des. Cesar Ciampolini, de 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13576986&cdForo=0>>. Acesso em: 11.08.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento 2263639-76.2020.8.26.0000**. Relator: Desembargador Cesar Ciampoli, de 02 de março de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=14414534&cdForo=0>>. Acesso em: 05.09.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação 1034569-43.2019.8.26.0002**. Relator: Des. J. B. Franco de Godoi, de 20 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15121625&cdForo=0>>. Acesso em: 14.07.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). **Apelação Cível 1021244-42.2019.8.26.0053**. Relator: Des. Marcelo Semer, de 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=14234852&cdForo=0>>. Acesso em: 09.02.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1002077-20.2021.8.26.0457**. Relator: Desembargador Jorge Tosta, de 29 de março de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15535937&cdForo=0>>. Acesso em: 24.04.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direitos Privados: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, 2000 (Revista dos Tribunais Online).

SARMENTO, Daniel. Dar Voz a Quem Não Tem Voz: Por Uma Nova Leitura do Art. 103, IX, da Constituição. In: **A Razão e o Voto: Diálogos Constitucionais Com Luís Roberto Barroso**. Organização: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SESTER, Peter Christian. **Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SESTER, Peter. O Efeito *Erga Omnes* da Arbitragem Coletiva. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; GUIMARÃES, Márcio Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Juvêncio Borges da. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: um novo paradigma jurídico-processual. **Revista Paradigma**, nº 1, 2009. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/42>>. Acesso em: 31.01.2022.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira. Coisa Julgada Como Desafio Para a Concreção da Tutela Jurisdicional Coletiva Adequada. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 17, nº 3, set./dez 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5962>>. Acesso em: 31.01.2022.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Arbitragem de Direitos Coletivos. **Revista Húmus**, v. 9, 2019. Disponível em: <<file:///F:/Doutrina/Direito%20Processual%20Civil/Meios%20Alternativos%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos%20-%20arbitragem%20em%20direitos%20coletivos%20-%20Sebasti%C3%A3o%20S%C3%A9rgio%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 28.06.2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre os Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, 11 (3), 2013. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359?login=false>>. Acesso em: 14.02.2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer?” O Papel do Ministro Relator na Deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 1 (1), 2015. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21/22>>. Acesso em: 14.02.2022.

SOUZA, Arthur César de. Celeridade Processual e Máxima da Razoabilidade no Novo CPC (Aspectos Positivos e Negativos do Art. 4º do Novo CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 246, 2015 (Revista dos Tribunais Online).

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: **Curso de Arbitragem**. Coordenadores: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica ao Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três Desafios Para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. Organizadores: VOLVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A (In)Disponibilidade do Interesse Público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. ZANETI JR, Hermes; CARBAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2018.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 21.01.2022.

TARUFFO, Michele. Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 2, 1990.

TARUFFO, Michele. Verità e Processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual – Volume Único**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TELLES, Carolina Mota da Silva; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Arbitragem Coletiva Societária: Onde Estamos e Para Onde Vamos? In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**. Salvador: Juspodivm 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Como Tomar Melhores Decisões Sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade**. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 1.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em Massa e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 177, 2009 (Revista dos Tribunais Online).

TORRE, Ricardo Giuliano Figueira. A Aprovação do Primeiro Regulamento de Arbitragem Coletiva no Brasil. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 04 de novembro de 1950**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 22.04.2022.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

UNITED STATES OF AMERICA. **Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. Class Action**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 28.07.2022.

VALOR ECONÔMICO. **Petrobras é Alvo de Nova Arbitragem, de 06 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/06/petrobras-e-alvo-de-nova-arbitragem.ghtml>>. Acesso em: 28.06.2022.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. O Processo Coletivo e o Acesso à Justiça Sob o Paradigma o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. 12, 2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8672>>. Acesso em: 29.01.2022.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A Jurisprudência Defensiva no STJ à Luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 254, 2016 (Revista dos Tribunais Online).

VELOSO, Caetano. Oração ao Tempo. In: **Cinema Transcendental**. Rio de Janeiro: PolyGram Studios, 1979.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. A Homologação Judicial dos Acordos Coletivos no Brasil. In: **Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. Coordenação: MOREIRA, António Júdice; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BEYRODT, Christiana; TONIN, Maurício Moraes. São Paulo: Almedina, 2020.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e Outros Meios Adequados de Solução de Conflitos**. ZANETI JR, Hermes; CARBAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2018.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: A Mutação no Ônus Argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 14.02.2022.

VIOLIN, Jordão. Onde Está a Segurança Jurídica? Colegialidade, Polarização de Grupo e Integridade nos Tribunais. **Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil: Teoria Geral do Processo I**. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WALD, Arnoldo. O reconhecimento da Constitucionalidade da Lei de Arbitragem Pelo STF. In: **25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Coordenadores: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade Como Objetivos do Direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 172, jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coordenadores), **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. Admissibilidade e Adequação da Arbitragem Coletiva Como um Mecanismo de Acesso à Justiça no Mercado de Capitais e Seus Respectivos Procedimentos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 68, Out-Dez/2020.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimidade para Agir. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa: Conceito Atualizado de Acesso à Justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Admissibilidade da Arbitragem Coletiva Societária. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: Cueva, Ricardo Villas Bôas; GUIMARÃES, Márcio Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. Processo Arbitral Coletivo: Reflexão Sob a Ótica da Segurança e da Confiança. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ZANETI JR., Hermes. Os Casos Repetitivos no Brasil: Notas Sobre a Agregação de Litígios, o Processo Coletivo e os Precedentes Vinculantes no CPC/2015. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, 2018 (Revista dos Tribunais Online).

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos vinculantes. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Coordenadores: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo da Cunha; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; SANTOS, Guilherme Alves. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Como Reforço ao Sistema de Tutela Coletiva de Direitos no Brasil. **Justiça do Direito**, v. 30, n. 3, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6374/4020>>. Acesso em: 31.01.2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista de Processo**. São Paulo Revista dos Tribunais, nº 78, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. **Tese de Doutorado**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>>. Acesso em: 08.02.2022.

ZUFELATO, Camilo. A Admissibilidade da Arbitragem Coletiva no Brasil: Uma Análise a Partir do Contexto dos Direitos dos Investidores no Mercado Imobiliário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 70, Abr-Jun/2021.

ZUFELATO, Camilo. Ainda o Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública: Um Recente Desdobramento, Em Curso, na Jurisprudência do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 301, 2020 (Revista dos Tribunais Online).

ZUFELATO, Camilo. Precedentes Judiciais Vinculantes à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: **O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

ANEXO**ANTEPROJETO DE LEI Nº , de 2023**

Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar a aplicação da arbitragem em matéria de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e disciplina a legitimidade ativa, a representatividade adequada, a atuação do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico e a participação o *amicus curiae*.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

§ 3º A arbitragem pode ser utilizada para dirimir conflitos relativos a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que sejam patrimonialmente disponíveis.

§ 4º São legitimados para a arbitragem coletiva:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

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

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que sejam patrimonialmente disponíveis.

§ 1º O Ministério Público, se não for signatário da convenção de arbitragem, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º Fica possibilitado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado por decisão arbitral fundamentada, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 4º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e os Estados na defesa dos interesses e direitos e que cuida esta lei.

§ 5º A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que o autor não tenha divergência injustificada de interesses com o grupo que representa e que sua finalidade institucional tenha aderência à situação litigiosa e ao grupo lesado.

§ 6º A 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 ou extrajudicial dos direitos coletivos;
- IV – o tempo de constituição e o grau de representatividade perante o grupo.

§ 7º Reconhecida a ausência de legitimidade adequada por decisão arbitral fundamentada, ocorrendo desistência infundada ou abandono da ação, promover-se-á a sucessão processual, dando ciência ao Ministério Público para assumir a condução da arbitragem coletiva, ou a outro legitimado signatário da convenção arbitral.

§ 8º O controle jurisdicional da adequação da legitimidade deverá ser feito durante o decorrer da arbitragem coletiva, levando-se em consideração a qualidade da atuação do autor e a sua aderência aos interesses do grupo e de seus membros”.

“Art. 2º

§ 4º A arbitragem que envolva direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

§ 5º Deve ser dada publicidade à arbitragem coletiva:

I – por meio de edital, que contenha informações claras e precisas sobre o objeto da arbitragem;

II – na rede mundial de computadores, como nos sítios de câmaras arbitrais e órgãos relacionados, incluindo as redes sociais;

III – por meio de anúncios em jornal ou rádio locais, a publicação de cartazes na região do conflito e outros meios.

§ 6º Por decisão arbitral fundamentada, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento as partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a

participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo que lhe for assinalado, nunca inferior a 15 (quinze) dias.

§ 7º A decisão que admitir a intervenção ao *amicus curiae* deve definir os poderes de sua atuação”.

“Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

JUSTIFICAÇÃO

Após o reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 na SE nº 5.206 pelo Supremo Tribunal Federal, a prática da arbitragem no Brasil tem evoluído exponencialmente, em particular após a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que estabeleceu a possibilidade de participação da Administração Pública. Hoje a arbitragem é um meio adequado e consolidado de resolução de conflitos, que pode apresentar, à luz do caso concreto, inúmeras vantagens competitivas em comparação com o processo judicial.

Diante das necessidades de melhor tutelar o direito material e de atender aos interesses específicos das partes em litígio, a arbitragem coletiva também já tornou uma realidade, revelando-se como um importante instrumento de acesso à justiça. O seu uso não depende de lei específica, eis que a autonomia privada desempenha importante papel na sua instituição, do mesmo modo que os regulamentos das instituições especializadas, desde que se esteja a tratar de direitos patrimonialmente disponíveis e que as partes tenham capacidade de contratar.

Entretanto, ainda que não parem dúvidas quanto à possibilidade de serem transpostas as regras dos processos judiciais coletivos para o processo arbitral coletivo, com os ajustes necessários por conta das especificidades de cada um deles, o certo é que a complexidade da matéria controvertida, a multiplicidade de fontes normativas, os diversos interesses em jogo e as nuances possíveis durante a tramitação processual, tem-se por altamente recomendável empreender maior segurança jurídica pela via legal.

Os legitimados para o ajuizamento de uma ação civil pública são os mesmos que detém legitimidade para a arbitragem coletiva, exigindo-se, para tanto, que sejam signatários da convenção arbitral. Porém, a previsão da legitimidade no plano abstrato é insuficiente, porque o autor pode não ter a *expertise* suficiente nem a estrutura minimamente adequada para buscar a tutela de um direito coletivo *lato sensu*, cuja sentença arbitral, em regra, produzirá efeitos *erga omnes*.

É preciso, portanto, dispor de critérios a respeito dos quais se torne possível aferir que os membros titulares do direito em jogo possam ser adequadamente representados. Isso deve ser uma condição para que a decisão proferida no processo arbitral coletivo possa se impor à coletividade. O controle da representatividade adequada deve ser feito concretamente pelo árbitro, pois, somente desse modo, efetiva-se o devido processo legal.

É preciso também regulamentar a forma de participação do Ministério Público, nos casos em que não figurar no polo ativo da demanda ou que não seja assistente litisconsorcial, ou seja, deve-se disciplinar a forma de atuação na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Como não são todos os titulares do direito coletivo *lato sensu*, que, conjuntamente, fazem parte da arbitragem, o déficit de contraditório precisa ser reduzido pela participação ampliada dos interessados, como o *amicus curiae*, a fim de contribuir para a qualidade do debate, e, conseqüentemente, para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional.

Por isso, este Anteprojeto de Lei pretende atribuir maior segurança jurídica e eficiência à arbitragem coletiva e ampliar o contraditório por meio da análise concreta da representatividade adequada e da possibilidade de intervenção do *amicus curiae*.

Sala das sessões, em de de 2023.

Deputado(a)/Senador(a)