

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

LUANA CABRAL MENDES GONTIJO

**PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE
LEGITIMIDADE ADEQUADA NO PROCESSO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA
DOS GRUPOS**

**VITÓRIA
2022**

LUANA CABRAL MENDES GONTIJO

**PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE
LEGITIMIDADE ADEQUADA NO PROCESSO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA
DOS GRUPOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como parte das exigências para a obtenção do Grau de Mestre, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr.

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

C117p Cabral Mendes Gontijo, Luana, 1992-
PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO
BRASILEIRO : UM DEBATE SOBRE LEGITIMIDADE
ADEQUADA NO PROCESSO E REPRESENTAÇÃO
ADEQUADA DOS GRUPOS / Luana Cabral Mendes Gontijo. -
2022.

114 f.

Orientador: Hermes Zaneti Junior.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo Coletivo. 2. Contraditório. 3. Processo Civil. I. Zaneti Junior, Hermes. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DA
MESTRANDA LUANA CABRAL MENDES GONTIJO**

Às 10 horas e 30 minutos do dia 14 do mês de outubro do ano de 2022, via webconferência, reuniu-se a banca examinadora composta da seguinte forma: Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior (Orientador), Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues (Membro interno – PPGDIR/UFES); e Profa. Dra. Susana Henriques da Costa (Membra externo - USP), para a sessão pública de Defesa de Dissertação da mestranda **Luana Cabral Mendes Gontijo** com o tema: "PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE LEGITIMIDADE ADEQUADA NO PROCESSO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DOS GRUPOS". Presentes os membros da banca e a examinanda, o presidente deu início a sessão, passando a palavra a aluna; após exposição de 20 minutos por parte da examinanda, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pela aluna: em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou a mestranda e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

APROVAÇÃO da examinanda, por fim, o presidente da sessão alertou que a aprovada somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente de acordo com a Portaria Normativa 08/2021 PRPPG/UFES.



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual PPGDIR / UFES
NPJ CCJE UFES Campus de Goiabeiras, Vitória, ES
Site: <http://www.direito.ufes.br/>
E-mail: pos.direito@ufes.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
HERMES ZANETI JUNIOR - SIAPE 3585560
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 14/10/2022 às 13:12

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/583535?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
MARCELO ABELHA RODRIGUES - MATRÍCULA 2227895
Membro - Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual Civil
Em 17/10/2022 às 17:33

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/585145?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil
Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil - PPGDP/CCJE
Em 25/10/2022 às 13:27

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/590878?tipoArquivo=O>

RESUMO

O presente trabalho objetiva, por meio do método dedutivo de pesquisa, compatibilizar a *participação* enunciada pelo Estado Democrático de Direito ao modelo de processo coletivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se propõe mediante a conjugação de mecanismos que visem ao controle da legitimidade adequada no processo e da representação adequada dos grupos. Busca-se, assim, conjugar o modelo de legitimação extraordinária por substituição processual com o diálogo com os grupos mediante a adequação das técnicas empregadas nos procedimentos, de forma a contribuir para a solução mais justa do processo. No primeiro capítulo, analisa-se a *participação* como elemento fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, assim como a sua manifestação no âmbito do Poder Judiciário como princípio do contraditório. Discutem-se os influxos da democracia participativa na compreensão do contraditório, que deixa de ter função meramente formal e passa a se preocupar com o fomento da efetiva participação no exercício da atividade jurisdicional. Em seguida, analisa-se o contraditório no âmbito do processo coletivo, tendo em vista a dissociação entre parte legítima e titular do direito. No segundo capítulo, analisa-se o modelo de legitimação adotado no processo coletivo brasileiro a fim de compreender quem são os sujeitos que dirigem a tutela dos direitos de grupo e a sua relação com o grupo tutelado. No terceiro capítulo, avançamos com uma análise constitucionalizada da legitimação coletiva que reconhece a autonomia do condutor do processo, ao mesmo tempo que impõe que a sua atuação não esteja em desconexão com os interesses do grupo. Para tanto, adotamos a proposta de cisão da expressão representatividade adequada em dois outros: legitimidade adequada e representação adequada. Discutimos ainda a diversificação dos meios de solução dos conflitos coletivos, mormente o emprego de técnicas autocompositivas, como um meio de implementar a participação e realizar a tutela justa do direito, observados conceitos de legitimidade adequada e representação adequada. Por fim, conclui-se que o modelo de legitimação coletiva no Brasil é imprescindível para viabilizar a proteção dos direitos dos grupos, permanecendo como a principal técnica de participação no processo coletivo, no entanto é ela complementada por outros mecanismos de participação que garantem que a atuação do legitimado coletivo seja condizente com a realidade. Em suma, reconhece-se que o contraditório precisa

ultrapassar o diálogo entre as partes, tornando o processo um ambiente democrático que oportunize a influência dos grupos – principais afetados pela decisão coletiva – na construção da decisão.

Palavras-chave: participação; processo coletivo; representação adequada; controle judicial.

ABSTRACT

The present paper aims to make the participation declared by the Democratic State of Law compatible with the collective process model adopted by the Brazilian legal system, which is proposed through the combination of mechanisms that aim to control the adequate standing in the process and adequate representation of groups. Thus, the objective is to combine the model of extraordinary standing by procedural substitution of the member of the group by a qualified member with participation of groups promoted through proper techniques used in the procedures, in order to contribute to a fair resolution of the class action. In the first chapter, it analyzes participation as a fundamental element for the development of the Democratic State of Law, as well as its manifestation within the Judiciary as the right to be heard. The inflows of participatory democracy are discussed in the understanding of the right to be heard, which ceases to have a merely formal function and objective the promotion of effective participation in the exercise of judicial activity. Then, the right to be heard is analyzed on the scope of the collective process, considering the dissociation between the qualified claimant and the right holder. In the second chapter, the standing model adopted in the Brazilian collective process is analyzed in order to understand the relationship between qualified claimant and the protected group. In the third chapter, we proceed with a constitutionalized analysis of collective standing that recognizes autonomy to the qualified claimant, at the same time that it imposes that their performance is not disconnected from the interests of the group. For that, we adopted the proposal of splitting the expression adequacy of representation into two others: adequate standing and adequate representation. We also discuss the diversification of the means of solving collective conflicts, especially the use of agreement techniques, as a means of implementing participation and carrying out the fair protection of the right, observing concepts of adequate standing and adequate representation. Finally, it is concluded that the model of standing in collective redress in Brazil is essential to enable the protection of the rights of groups, remaining as the main technique of participation in the collective redress, however it is complemented by other mechanisms of participation that guarantee that the action of the qualified claimant is consistent with reality. In short, it is recognized that the right to be heard needs to go beyond the dialogue between the parties, making the process a

democratic environment that allows the influence of the groups – the main ones affected by the collective decision – in the construction of the decision.

Keywords: participation; collective redress; standing to sue; adequacy of representation; judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E PROCESSO	12
1.1 PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DEMOCRACIA	12
1.2 PARTICIPAÇÃO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	18
1.2.1 Processo jurisdicional como arena democrática de exercício de poder e a legitimidade jurídica-política da decisão judicial	18
1.2.2 O contraditório como técnica de participação no processo e democratização do processo	24
1.3 PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO LEGITIMANTE DA DECISÃO NO PROCESSO COLETIVO	30
2 LEGITIMIDADE PARA AGIR NO MODELO DE PROCESSO COLETIVO NO BRASIL	37
2.1 COMPREENDENDO A LEGITIMIDADE PARA AGIR NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	37
2.1.1 Legitimidade na Teoria Geral do Processo	37
2.1.2 Legitimidade para agir	39
2.1.3 Legitimidade extraordinária por substituição processual	45
2.2 LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO	50
2.2.1 Natureza jurídica da legitimidade ativa no processo coletivo brasileiro	50
2.2.2 A regra da legitimação extraordinária por substituição processual: características da legitimação coletiva no processo brasileiro	56
2.2.3 Legitimação extraordinária por representação processual: artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal e os Temas 82 e 499 do Supremo Tribunal Federal	58
3 CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMIDADE ADEQUADA E DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO	64
3.1 LEGITIMIDADE ADEQUADA E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: VETORES NECESSÁRIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO COLETIVO	64
3.1.1 Legitimidade adequada e representação adequada: uma cisão conceitual necessária no processo coletivo brasileiro	64
3.1.2 O controle da <i>adequacy of representation</i> do processo coletivo norte-americano e o cabimento do controle jurisdicional da legitimidade adequada no processo coletivo brasileiro	70

3.1.3 Controle jurisdicional da legitimidade adequada no processo coletivo brasileiro	76
3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: O PROTAGONISMO DO GRUPO NA TUTELA COLETIVA	82
3.3 ACORDOS COLETIVOS E LIBERDADE INDIVIDUAL: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA OS LITÍGIOS COLETIVOS	87
3.3.1 Justiça multiportas e autocomposição no processo coletivo	87
3.3.2 Intercâmbio entre indivíduo e tutela coletiva: acordo coletivo <i>opt in</i> como mecanismo de recapacitação e vinculação do indivíduo à solução jurídica coletiva	95
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

Da necessidade de tutela de direitos coletivos emerge a insuficiência do modelo de processo civil tradicional e individualista, no qual o contraditório se perfaz pela participação, direta e pessoal, daqueles que serão atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional. Com o objetivo de superar a inviabilidade de participação individualizada do grupo no processo coletivo, a ordem jurídica lança mão da técnica da legitimação extraordinária, pela qual é dada a um terceiro, alheio à relação jurídica de direito substancial, a prerrogativa de atuar na defesa dos direitos de grupo, exercendo o contraditório no processo.

Assim, a legitimação extraordinária por substituição processual, contemplada como regra do processo coletivo brasileiro, estabelece que a atuação do condutor do processo é autônoma, portanto desvinculada da vontade do titular do direito, o grupo. Nesse sentido, há liberdade do condutor do processo na escolha da estratégia processual que considere mais adequada para solucionar o litígio e tutelar o direito coletivo. Essa estrutura adotada pelo processo coletivo brasileiro enseja a discussão sobre a essencialidade do elemento *participação* no processo e sobre a legitimidade política-jurídica da atividade jurisdicional, visto que, a princípio, não há participação do grupo na construção da solução jurídica a ser empregada.

Tendo como base que a *participação* é elemento essencial ao exercício dos poderes, inclusive o jurisdicional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito com feições de democracia participativa, o presente trabalho objetiva, por meio do método dedutivo de pesquisa, compatibilizar a *participação* enunciada pelo Estado Democrático de Direito ao modelo de processo coletivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se propõe mediante a conjugação de mecanismos que visem ao controle da legitimidade adequada no processo e da representação adequada dos grupos.

Para tanto, o primeiro capítulo se propõe a analisar a participação como elemento fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, assim como a sua manifestação no âmbito do Poder Judiciário como princípio do contraditório. Discutem-se os influxos da democracia participativa na compreensão do

contraditório para, em seguida, analisar o contraditório no âmbito do processo coletivo, tendo em vista a dissociação entre parte legítima e titular do direito. No segundo capítulo, propõe-se a compreensão do modelo de legitimação adotado no processo coletivo brasileiro. Analisa-se o conceito de legitimidade a fim de fixar premissas teóricas necessárias à compreensão do instituto jurídico e à análise da sua natureza jurídica e características dogmáticas no âmbito do processo coletivo. Também busca-se compreender quem são os sujeitos que dirigem a tutela dos direitos de grupo e a sua relação com o grupo tutelado.

No terceiro capítulo, avançamos com uma análise constitucionalizada da legitimação coletiva que reconhece a autonomia do condutor do processo, ao mesmo tempo que impõe que a sua atuação não esteja em desconexão com os interesses do grupo. Para tanto, adotamos a proposta de cisão da expressão representatividade adequada em duas outras: legitimidade adequada e representação adequada. Por fim, discutimos a diversificação dos métodos de solução dos conflitos coletivos, mormente o emprego de técnicas autocompositivas, como um meio de assegurar a tutela justa do direito, observados conceitos de legitimidade adequada e representação adequada.

1 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E PROCESSO

1.1 PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DEMOCRACIA

Consoante Álvaro Luiz Valery Mirra (2010, p. 30-31), a democracia é orientada pelo princípio da supremacia da vontade popular, de forma que se encontra entre seus elementos essenciais a participação do povo nas instâncias de exercício de poder. Na célebre fórmula de Abraham Lincoln, a democracia constitui “governo do povo, para o povo e pelo povo”, pois é o povo fonte de todo o poder que é exercido em benefício do próprio povo e por intermédio de instrumentos de participação. Desse modo, são elementos essenciais de toda democracia: i) a soberania popular, pela qual o povo é a única fonte de poder; e ii) a participação, direta e indireta, do povo no poder a fim de que prevaleça a vontade popular (SILVA, 2005, p. 131).

Contudo, a sua materialização (e dos meios de participação) na realidade varia de acordo com os valores essenciais que sustentam determinado povo¹ em determinado momento histórico, visto que a democracia não é um fim em si mesmo, mas um valor-meio para se alcançar os objetivos fundamentais de uma sociedade (SILVA, 2005, p. 125-126). Portanto, não é possível concebê-la como um conceito estanque e abstrato, é ela um processo que se revela no curso da história a partir da busca pela afirmação e pela conquista de direitos que traduzam os valores daquele povo (SILVA, 2005, p. 125-126). Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 126, grifo no original), “*democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”. Por conseguinte, a democracia não é apenas um regime de governo, mas processo no qual as relações entre os integrantes do povo impactam no rumo político daquela sociedade.

Nesse sentido, a democracia busca a realização de valores essenciais à vida em sociedade, reconhecidos, pela ordem jurídica, como direitos fundamentais, os quais,

¹ Importante registrar que, tal como a noção de democracia, a concepção de povo varia no tempo e no espaço, razão pela qual é possível que existam democracias que refletem a vontade de apenas parcela da sociedade e, ainda assim, a seu tempo, eram consideradas democráticas, a exemplo da democracia da Grécia antiga cujo povo era composto apenas por pessoas livres (SILVA, 2005, p. 126). Nesse contexto que se torna imprescindível a evolução do sentido de democracia a alcançar o sufrágio universal, por meio do qual todo indivíduo é parte integrante do povo.

a cada etapa da história da democracia, são enriquecidos em decorrência da própria evolução social (SILVA, 2005, p. 125-126). Hermes Zaneti Jr. (2021a, p. 200) ainda afirma que o reconhecimento dos direitos fundamentais é essencial à democracia ao mesmo passo que apenas há direitos fundamentais na democracia. Trata-se de um movimento cíclico que, na concepção de José Afonso da Silva (2005, p. 132), tem como valor fundante a igualdade: a democracia direciona para a realização de direitos políticos a fim de assegurar o seu elemento participativo, que, por sua vez, apenas se efetiva pela realização de direitos econômicos e sociais, que propicia o exercício dos direitos individuais (SILVA, 2005, p. 132). Por conseguinte, os direitos fundamentais funcionam como vínculos e limites aos ímpetus das majorias que não correspondam aos valores-base definidos pela sociedade naquele momento histórico² (ZANETI JR., 2021a, p. 200).

Nesse contexto, a democracia pode se amoldar a diferentes formas de Estado conforme a época e o espaço em que se instala, ao mesmo passo que pode haver variação quanto à abertura para participação popular no exercício e no controle do poder (MIRRA, 2010, p. 31). A título de exemplo, pode-se mencionar a democracia liberal vigente entre os séculos XVIII e XIX, na qual a participação no exercício do poder era bastante limitada, por vezes restrita às camadas sociais que detinham poder econômico, pois o seu objetivo principal se apoiava na garantia da liberdade individual, que, entendia-se, apenas poderia ser assegurada mediante restrição do arbítrio estatal sobre a vida dos governados (MIRRA, 2010, p. 31-32). De outro lado, na democracia do Estado Social, fruto do contexto de desigualdade social perpetrado pela prevalência dos princípios liberais³, houve a ampliação da

² No sentido que a democracia não concebe um “governo das majorias”, José Afonso da Silva (2005, p. 130, grifo no original) ensina que “A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. [...] porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada [...]”. Esse *interesse geral* que menciona o autor seriam os valores, mais especificamente os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição de cada Estado, que orientam e limitam a atuação dos poderes.

³ Consoante ensina José Afonso da Silva (2005, p. 115, grifo no original), “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social [...]. Transforma-se em *Estado Social de Direito*, onde o ‘qualitativo social refere-se à correção do individualismo

participação política pelo sufrágio universal e também dos poderes do Estado, que passou a ser visto como indispensável ao atendimento das necessidades sociais (MIRRA, 2010, p. 33). Ainda assim, a participação na democracia do Estado Social restringiu-se à escolha de representantes cuja atuação se vinculava primordialmente aos interesses das organizações partidárias – principal catalisador da participação na época⁴ –, haja vista a inviabilidade de um controle eficiente, pela sociedade, da atividade dos representantes eleitos (MIRRA, 2010, p. 34).

O enfoque no papel do Estado na promoção do bem-estar da sociedade significou a intervenção mais intensa em setores sociais e econômicos, o que atingiu a vida privada e ocasionou o questionamento ético da sociedade sobre a legitimidade dessas interferências (MOREIRA NETO, 1992, p. 6). Ao mesmo tempo, a representação político-eleitoral se desgasta em razão do aumento do distanciamento entre governo e governados que inviabiliza a identificação pelo primeiro das crescentes demandas sociais, tornando a atuação estatal dissonante aos interesses do segundo (MOREIRA NETO, 1992, p. 6; MIRRA, 2010, p. 68). Conseqüentemente, a democracia de origem individual e inalienável do poder é descreditada à medida que os seus mecanismos participativos assumem caráter meramente formal, ou seja, passam a se resumir a ritos eleitorais que apenas legitimam a representação político-eleitoral na sua origem, sem se preocupar com os fins do exercício do poder (MOREIRA NETO, 1992, p. 6).

Nesse contexto, surge a concepção de um Estado Democrático de Direito para recapacitar o povo na arena de discussão e decisão dos rumos da sociedade⁵⁶.

clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.

⁴ Conforme elucida Álvaro Luiz Valery Mirra (2010, p. 34), “[...] o que se verificou ao longo do século XX foi a tendência dos partidos políticos à oligarquização, em virtude da qual restou inviabilizado, em larga medida, o controle eficiente por parte do eleitor sobre a atividade do representante eleito. [...] insuficiência dessas agremiações como principal catalisador da participação política, que, para a maioria da população, ficou limitada à escolha de uma dentre as organizações partidárias concorrentes, em função dos fins genéricos de seus programas, a serem implementados por candidatos selecionados, primeiro, pela direção dos partidos e, depois, pelo corpo eleitoral”.

⁵ Consoante Luiz Álvaro Valery Mirra (2010, p. 35), “A solução proposta para a superação de tal crise [de legitimidade desencadeada pelo Estado de bem-estar Social], nas últimas décadas do século XX a ser aprofundada agora no século XXI, é a da intensificação da participação popular nos destinos da sociedade, não mais apenas pela via da representação político-eleitoral, com a instituição de um regime de democracia participativa.”.

⁶ Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 150), durante o século XIX e primeira metade do século XX, “A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na

Passa-se a compreender que o “democrático” não indica apenas a adoção de um regime de governo, mas qualifica o Estado, de modo a irradiar os valores da democracia sobre os elementos constitutivos do Estado e sobre a sua ordem jurídica; por conseguinte, a atuação estatal e o próprio Direito passam a ter que refletir e responder à vontade concreta de todo o povo (SILVA, 2005, p. 119).

Para tanto, torna-se necessário o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, fonte do poder, pois apenas assim é o povo capacitado para participar nos processos decisórios, sem que seja coagido a atender a interesses espúrios de determinados grupos. Reconhece-se ainda a pluralidade social, de forma a criar um ambiente de estímulo e facilitação do diálogo e da convivência entre os diferentes grupos e interesses, a fim de evitar a opressão e a marginalização de grupos⁷. Por fim, a ordem jurídica passa a assegurar o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, o que somente é possível mediante a garantia de condições socioeconômicas que permitam o seu exercício. Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 117), esse pano de fundo é fundamental para a realização do Estado Democrático de Direito, pois apenas um Estado que vise à libertação da pessoa humana de todas as formas de opressão é capaz de admitir a expressão genuína, pelo povo, dos valores e dos interesses que devem conduzir os rumos sociais; conseqüentemente, apenas esse Estado pode ser considerado, na sua essência, democrático.

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal brasileira de 1988 volta o seu ideário à capacitação do povo nos processos decisórios da sociedade, o que fica evidente em seu artigo 1º, parágrafo único, no qual consta que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Desse modo, o povo é reconhecido no texto constitucional como fonte

formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade.”.

⁷ Acerca desse ponto, Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 303-304) fala sobre o direito de divergir decorrente da própria convivência humana e que exalta a possibilidade de todo indivíduo manifestar suas convicções e opiniões livremente contribuindo para a construção da vontade popular. Em suas palavras, “é preciso ter em conta que existe uma igualdade substancial de todos os indivíduos. Todo homem é um ser racional, dotado de inteligência e de vontade, sendo todos igualmente capazes de proferir julgamentos sobre os fatos que presenciam e que afetam seus interesses. E como esses julgamentos sempre deverão variar, em função dos pontos de vista de quem os profira, verifica-se que é inerente à convivência humana o *direito de divergir*, e que a todos os indivíduos deve ser assegurado esse direito.” (DALLARI, 2012, p. 303-304).

de todo o poder, ou seja, a vontade popular é alicerce fundamental das instituições de poder. Ao mesmo tempo, a Constituição Federal combina instrumentos de participação indireta, com destaque à representação política, e participação direta, realçando que o povo é fonte participativa do poder⁸. A participação do povo não se resume a atos isolados no curso da história, como a promulgação da Carta Política e as eleições periódicas, mas também abarca a participação direta e contínua do povo nas decisões políticas. Consoante destaca Luiz Álvaro Valery Mirra (2010, p. 36), a participação na democracia participativa é orientada por dois fatores⁹: a designação de *quem* deverá exercer o poder e *como* o poder será exercido – ou seja, há preocupação com quais técnicas de participação, direta e indireta, serão implementadas nos processos de exercício do poder. Em síntese, a pedra de toque da democracia no Estado Democrático de Direito é a disposição e a facilitação de meios de participação do povo no exercício e no controle do poder (MIRRA, 2010, p. 30-31).

O Estado Democrático de Direito da Constituição Federal brasileira encontra-se nesse estágio de evolução, procurando concretizar a denominada *democracia participativa*¹⁰, na qual a presença do povo nos processos decisórios é constante e obrigatória, ou seja, todo exercício de poder deve, em alguma medida, passar pelo povo. Conforme se depreende da disposição constitucional (artigo 1º, parágrafo único), não se trata de substituir a representação político-eleitoral por instrumentos de participação direta, mas de mesclar os mecanismos de participação a fim de aperfeiçoar os processos decisórios a partir de um maior envolvimento da sociedade.

⁸ Nas palavras de Paulo Bonavides (2003, p. 44), “Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade [...]”.

⁹ Veja que, conforme esclarece Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992, p. XVII), não há o abandono das técnicas de representação político-eleitoral para adoção das de participação direta no exercício do poder, mas sim o aperfeiçoamento das instituições democráticas e dos seus mecanismos de interação com a sociedade, com a finalidade de revitalizar a democracia na realização substantiva dos valores sociais e, por consequência, garantir legitimidade à atuação estatal.

¹⁰ Conforme elucida Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 225), “Pode-se dizer, em síntese, que a democracia participativa difere da direta, na medida que se identifica não com o agir do indivíduo pleno, mas com a potencialidade de agir dos sujeitos e das formações sociais.”.

Nesse contexto, consoante ensina Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 62-63), toda concentração de poder, como é o caso dos mandatos eletivos¹¹, reserva ao detentor originário do poder parcela intransferível que lhe assegura a limitação do poder concentrado, ou seja, aquele a quem o poder é dado não pode manifestar o poder de modo arbitrário e, nesse sentido, o poder concentrado não pode agir em contrariedade aos interesses que justificam a concentração. Nessa perspectiva, mesmo diante de instrumentos constitucionais de exercício de poder, é sempre preciso estar atento aos momentos de retorno ao povo, de forma a evitar distorções na condução do poder. Portanto, há uma preocupação primordial com a participação social nos processos decisórios do Estado, pois considera-se que apenas o “povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade”, que são valores basilares em toda democracia (DALLARI, 2012, p. 150).

Nesse passo, a democracia, apesar de nunca perfeitamente acabada, sempre mantém na sua essência a supremacia da vontade popular, que é fortalecida pela abertura à participação (SILVA, 2005, p. 132-133). Nesse cenário, a tendência deve ser a promoção de instrumentos de participação popular que não se restrinjam à representação político-eleitoral tradicional, mas que privilegiem a participação direta ou por grupos intermediários a fim de possibilitar o diálogo constante com os diversos grupos e pessoas que integram o povo.

Partindo de balizas constitucionais que revelam que a *participação* é elemento essencial à legitimação da atuação do Estado, pois é ela o veículo que expressa a vontade popular, passamos a discutir mais especificamente nos próximos tópicos sobre a sua materialização no âmbito do Poder Judiciário, o qual não é e não pode ser excluído do debate que nasce na esfera política e precisa ser transposto, como pressuposto constitucional que é, para o campo do exercício do poder jurisdicional.

¹¹ Aqui também podemos citar a legitimação *ad causam* nos processos coletivos que é exclusiva dos entes designados pela ordem jurídica, excluindo-se, em regra, o titular do direito coletivo da prerrogativa de demandar a proteção dos direitos perante o Poder Judiciário.

1.2 PARTICIPAÇÃO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

1.2.1 Processo jurisdicional como arena democrática de exercício de poder e a legitimidade jurídica-política da decisão judicial

O Poder Judiciário como parte integrante dos poderes do Estado também é subordinado à soberania popular e, por conseguinte, o exercício de suas atividades pressupõe o emprego de técnicas participativas na tomada de decisão a fim de que seja dada legitimidade democrática à sua atuação (DINAMARCO, p. 159-160; ZANETI JR., 2021a, p. 207).

O pontapé inicial da atividade do Poder Judiciário é dado mediante provocação popular, que o retira do estado de inércia, bem como define os limites da sua atuação, visto que o juiz fica vinculado aos pedidos formulados. Segundo Hermes Zaneti Jr. (2021a, p. 207), a necessidade desse ato inicial aproxima o Poder Judiciário da concepção de democracia direta, pois a postura ativa do cidadão é a precursora de toda a sua atividade, ou seja, sem ela, a atividade jurisdicional sequer se inicia. Na mesma linha, Antonio Magalhães Gomes Filho (1988, p. 185) registra que a estrutura dialógica do Poder Judiciário retoma, em certa medida, a democracia direta (na qual os cidadãos intervêm diretamente nas instâncias de poder), pois permite que, no curso do processo, os cidadãos discutam os impactos de atos estatais. Juan Carlos Hitters (1988, p. 218-219) afirma ainda que, ao contrário dos poderes Legislativo e Executivo, nos quais a participação dos cidadãos é primordialmente mediata, no Poder Judiciário o diálogo entre juiz (membro de poder) e cidadão é realizado primordialmente sem intermediação, de maneira direta.

Mesmo diante dessa estrutura que, de início, já chama o cidadão à participação, o caráter democrático da atuação do Poder Judiciário é questionado em razão de a escolha de seus membros não decorrer de processo político-eleitoral. Ao contrário dos demais poderes, a designação dos membros do Poder Judiciário se baseia em critério técnico-profissional. No entanto, o simples fato de a escolha de seus membros não decorrer do sufrágio universal não é suficiente para taxar o Poder Judiciário de antidemocrático: em um primeiro momento, porque se trata de modelo

constitucionalmente previsto de designação de membros de poder¹²; e, em um segundo momento, porque existem outros mecanismos, afora as eleições periódicas, que combinados são capazes de assegurar o caráter democrático da sua atuação. Sobre a questão, Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 92) ressalta que, considerando que os membros do Poder Judiciário não se submetem ao sufrágio universal, o processo, como mecanismo principal pelo qual desenvolve a sua atividade, deve “de forma ainda mais contundente permear-se completamente pelos tentáculos da democracia”.

Nesse contexto, o conhecimento técnico do jurista, necessário à atuação no âmbito do Poder Judiciário e pressuposto da sua designação, não pode funcionar como justificativa à imposição da sua visão solipsista sobre a Constituição e o Direito (FICANHA, 2016, p. 4-5). A atividade jurisdicional deve partir da premissa que o Direito não possui sentido anterior aos fatos, de forma que não cabe ao juiz declarar o Direito sem que seja oportunizado o debate com os interessados. No âmbito jurisdicional, a decisão deve ser fruto de interpretação à luz dos valores constitucionais e do caso concreto, sendo os possíveis sentidos necessariamente debatidos e controlados por seus destinatários e, ao final, o sentido adotado controlado por toda a sociedade¹³¹⁴ (ZANETI JR., 2021a, p. 307).

Nesse passo, a conformidade da decisão com a norma constitucional e infraconstitucional de direito material não é suficiente para lhe conferir, por si só, legitimidade jurídico-política, pois apenas pode ser legítima a decisão que se

¹² Artigo 93, inciso I, da Constituição Federal de 1988: “ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”.

¹³ Sobre o tema, Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 307) explicita que “no processo a *verdade* atua como ‘pretensão de correção’ da decisão judicial, que jamais poderá ser obtida *a priori*. A lógica apriorística, que, por muito tempo, ornou com foros de justiça a falácia da subsuntividade perfeita (fato/norma), mostra-se, no presente, pobre e contrária à complexidade do direito e da vida, portanto, injusta na essência. A decisão judicial segue sendo sempre o resultado do caminho percorrido para a sua obtenção, controlada, debatida, jamais fazendo raciocínios puristas que transformam o direito na simples abstração dos juristas em seus gabinetes, afastando-o da justiça (pretensão de correção), seu objetivo teleológico.”.

¹⁴ Consoante Ada Pellegrini Grinover (1988, p. 284), a princípio participativo “se desdobra em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder. Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação.”.

sustenta após colocada em debate. De acordo com Hermes Zaneti Jr. (2019, p. 161), a prevalência do conteúdo da decisão – norma jurídica – decorre da sua justificação interna e justificação externa; a primeira entendida como o controle lógico-formal do raciocínio judicial, no sentido que as premissas firmadas conduzam à conclusão; e a segunda como a prevalência da decisão do ponto de vista da unidade do Direito, no sentido que as premissas, de fato e de direito, adotadas para se alcançar a conclusão sejam juridicamente sustentadas¹⁵.

O eixo mais problemático da discussão acerca da legitimidade político-jurídica das decisões judiciais encontra-se no âmbito da sua justificação externa, visto que ultrapassa a mera aplicação da lei ao caso concreto e alcança hipóteses que o conteúdo da decisão significará a atualização do arcabouço jurídico-normativo, a partir de técnicas interpretativas, para que, assim, seja possível manter a sua coerência com o contexto social¹⁶ (FICANHA, 2016, p. 6). Consoante Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 129), ainda que o Estado deva buscar o *máximo de juridicidade*, guiando a sua atuação pelo Direito, com a finalidade de diminuir a margem de arbítrio e discricionariedade na tomada de decisão, não é possível reduzi-lo a uma ordem jurídica, pois também possui uma face política que interage com a jurídica, de forma que a legalidade e a legitimidade são imprescindíveis a uma atuação eficaz. Tendo isso em vista, a atuação jurisdicional demanda a associação entre o conhecimento técnico-jurídico, que conduz a interpretação do Direito para que haja uma coerência na sua aplicação (principalmente pautada na unidade da Constituição), e o diálogo com as partes, que confere ao processo uma fatia do problema social como ele é.¹⁷ Dessa forma, o Poder Judiciário decide em atenção à

¹⁵ Nas palavras de Hermes Zaneti Jr. (2019, p. 161), “A justificação interna seria a possibilidade de controle lógico-formal do raciocínio judicial a partir do conteúdo do próprio ato decisório”, ou seja, verifica-se, nesse estágio, “a lógica formal desenvolvida a partir das premissas estabelecidas no próprio ato decisório, ou seja, a passagem destas premissas por inferência, por raciocínio dedutivo, à conclusão do silogismo”, assegurando a coerência do conteúdo da decisão. Por seu turno, “a justificação externa trata da fundamentação das premissas da decisão, sua base fática e jurídica, as quais dependem do controle da correta argumentação do juiz ou tribunal no momento da decisão. Referem-se ao ponto de vista substancial do direito em um determinado ordenamento, em um dado momento histórico, e aos fatos concretos relacionados à causa.”

¹⁶ Assim como a democracia que se encontra em constante evolução, também o Direito deve buscar acompanhar essa evolução mediante o reconhecimento de novos direitos e a adaptação da norma jurídica aos fatos sociais. Tudo isso apenas é possível a partir da premissa de que o Direito é, tal como a sociedade, um organismo vivo, que precisa, a todo tempo, ser interpretado à luz dos valores constitucionais e do contexto que se apresenta.

¹⁷ Na concepção de Paulo Bonavides (2003, p. 36), “Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que

confluência do dever-ser com o ser, a fim de identificar uma solução que, a um só tempo, seja passível de justificação racional e compreendida como justa pelos participantes do discurso (ZANETI JR., 2021a, p. 100).

Contudo, a aceitação da decisão como justa não significa necessariamente consenso, pelo contrário, no âmbito do processo, ambiente democrático do qual o dissenso é parte integrante, a concordância com o conteúdo da decisão não é elemento indispensável para que os participantes do discurso a considerem legítima¹⁸. O debate no curso do processo e a apreciação, pela decisão, dos argumentos expostos contribuem para que indivíduos em posições antagônicas considerem o seu resultado legítimo em razão de ele ser manifestação da própria democracia, que, por essência, convive com os desacordos e incentiva o debate (FICANHA, 2016, p. 6). Juan Carlos Hitters (1988, p. 219) ainda realça que a legitimidade político-jurídica da decisão deve perpassar a figura do juiz, que deve estar em constante diálogo com as partes, sem perder, contudo, a imparcialidade, ou seja, a sua postura desinteressada no resultado do processo.

Nessa toada, segundo Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 95), a “tutela justa” possui dois aspectos distintos: o primeiro consiste em “dar razão a quem tem razão”, ou seja, reconhecer e permitir a fruição do direito por aquele que dele é merecedor; e o segundo expressa que apenas pode ser justa a tutela prestada mediante um devido processo legal. Portanto, não basta que o fim seja legítimo, é imprescindível

fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete; mas do intérprete legitimado democraticamente enquanto juiz efetivo que há de compor os quadros dos tribunais constitucionais. Nisto consiste a essência e o espírito da nova legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem povo não alcança a soberania legítima.”.

¹⁸ Sobre esse ponto Cândido Rangel Dinamarco (1968-1969, p. 2005) elucida que “A generalizada *disposição a obedecer*, disseminada entre os membros do grupo social, corresponde, de modo mais consciente ou menos, o reconhecimento dessa compatibilidade axiológica e a necessidade do poder, como instrumento estatal para a consecução dos objetivos comuns. Isso não significa que necessariamente exista, ou se requeira, integral consenso dos membros da sociedade, em torno do poder e dos objetivos pelos quais é exercido. [...] não se pensa na aceitação, ou consentimento, do destinatário individualizado de cada ato imperativo isoladamente considerado, nem somente na aceitação de cada um dos atos; falar em aceitação, como elemento legitimador do poder, é falar na generalizada aceitação, *pela sociedade*, do *sistema* que inclui e positiva o poder. A irresignação do destinatário do ato não infirma a legitimidade do poder, mesmo quando desborde para o campo da rebeldia; e, muito menos, quando manifestada pelos canais predispostos para ser formulada perante os agentes estatais (recursos). O repúdio individual ou mesmo social a algum ato do titular do poder é fator de *desgaste* deste e pode até conduzir a alguma degradação na aceitação do sistema –, mas, não é, em si mesmo, causa de *exclusão* da legitimidade.”.

que os meios também o sejam.¹⁹ Nesse mesmo sentido aponta Larissa de Almeida Silva (2017, p. 661-662) ao afirmar que a atuação do Poder Judiciário apenas se legitima a partir da atenção às garantias constitucionais do devido processo legal, destacando, entre elas, o direito de participação do cidadão na formação da decisão judicial.

De acordo com Edilson Vitorelli (2019, p.124), o princípio do devido processo legal possui conteúdo definido com base no contexto jurídico que integra, portanto seu conteúdo não pode ser definido em abstrato. Em contrapartida, a necessária abertura à participação durante a atuação do Poder Judiciário, que assegura a rediscussão do Direito em face da Constituição, dos direitos fundamentais e do caso concreto, deixa evidente que o direito de participação, materializado no processo pelo contraditório, sempre integra o conceito de devido processo legal. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. (2021a, p. 308) ensina que o contraditório é valor-fonte do processo, tendo em vista que não é possível pensar um processo cuja estrutura não seja dialética.

Na concepção de Elio Fazzalari (2006, p. 121), o processo consiste em procedimento em contraditório, ou seja, concatenação de atos realizados em diálogo com os sujeitos envolvidos. Em outras palavras, processo é procedimento adjetivado pelo elemento participação, ou seja, não havendo contraditório, não há processo (FAZZALARI, 2006, p. 121). A compreensão do processo como procedimento em contraditório destaca o seu aspecto democrático, pois estabelece como elemento fundamental da sua existência o contraditório, bem como retira o protagonismo do juiz que passa a compartilhar a tarefa de construir a decisão com os demais sujeitos do processo. Assim, os interessados não são mais vistos como meros espectadores

¹⁹ Nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 94-95), “Quase intuitivamente pode-se dizer, à primeira vista, que o *processo* será justo se a tutela jurisdicional for prestada em favor daquele que seja merecedor do direito postulado no plano do direito material, devendo ser aqui entendido o processo como realizador da justiça: dar razão àquele jurisdicionado que tem razão. Assim, *dar razão a quem tem razão* é o primeiro aspecto que faz cristalizar a ideia de um processo justo, aí compreendida a noção de realização concreta do direito reconhecido na sentença. A tutela justa é, portanto, aquela que reconhece e permite a fruição do direito ao litigante que seja dela merecedor atendendo a máxima da maior coincidência possível do resultado (tutela jurisdicional) com àquele a que faz jus no plano normativo. [...] Certamente que não, e é aí que entra a outra face do conceito de ‘tutela justa’. Tutela justa ou justa tutela é aquela prestada mediante um devido processo legal, com adequação de meios e resultados, seja sob a ótica do autor ou do réu; em termos mais simples, é dar razão a quem tenha razão no plano do direito material, sempre com obediência com devido processo legal. Meio e fim devem ser *justos*.”

do provimento jurisdicional, mas como colaboradores ativos cujos argumentos influenciam o resultado.

Apesar do enfoque dado à participação como elemento legitimador da atuação estatal, em especial do Poder Judiciário, não se pretende reduzir a legitimidade político-jurídica das decisões à mera participação dos sujeitos interessados. De fato, a atuação jurisdicional perpassa uma complexidade de elementos em contradição que precisam ser, a todo tempo, equilibrados a fim de que resulte em uma tutela justa. Nesse ponto, Gresiéli Taíse Ficanha (2016, p. 11) explica

não se pretende afirmar que é suficiente esse processo democrático deliberativo para que as decisões sejam consideradas mais corretas, no sentido de mais adequadas à realidade que pretende regular, embora este seja um elemento que potencializa essa finalidade. O Direito do Estado Constitucional exige também que seja considerado o conteúdo da deliberação, não sendo possível garantir mecanismos democráticos pela simples formatação de um processo. Assim, é necessário que se atente também para valores 'de tipo material (vinculados a noções de justiça ou verdade) e de tipo pragmático ou político (conectados à noção de aceitação)'. Portanto, não se trata apenas de buscar um procedimento que permita o conhecimento dos diferentes tipos de interesses em jogo em um debate ou que contribua para a racionalização dos diferentes argumentos, mas de tentar equacionar o conflito da tentativa de solucionar a disputa de forma mais correta e adequada à realidade possível.

Desse modo, pretendeu-se destacar a participação como elemento essencial à legitimação político-jurídica da atuação do Poder Judiciário, tendo em vista contribuir para a democratização da sua atuação mediante a oxigenação do Direito cujo sentido não pode ser descolado da realidade social, bem como conferir ao cidadão o sentimento de que é parte fundamental nos processos de poder, tornando-os mais suscetíveis de serem aceitos – o que, em certa medida, significa reconhecer o dever de observância ao que foi decidido.

Naturalmente, a legitimidade político-jurídica não é estática, havendo uma tendência de evolução dos critérios de aferição conforme o sistema se aperfeiçoa. Esse dinamismo é oriundo do próprio conceito de democracia (e, em última análise, da própria dinamicidade da sociedade) e impacta os diversos mecanismos de exercício de poder. No âmbito do processo, a concepção de contraditório é amplamente impactada pelo fortalecimento dos ideais democráticos, motivo pelo qual

analisaremos no próximo tópico o princípio do contraditório no atual estágio do Estado Democrático de Direito.

1.2.2 O contraditório como técnica de participação no processo e democratização do processo

Conforme explicitado, o Estado Democrático de Direito exige a abertura à participação dos cidadãos nos processos decisórios de todas as instâncias de poder. Na instância jurisdicional, essa abertura à participação é dada às partes pelo princípio do contraditório, que permite que os destinatários do provimento jurisdicional colaborem e influenciem o seu resultado (HOEPERS, 2010, p. 71).

No Brasil, o princípio do contraditório foi previsto pela primeira vez pela Constituição autoritária de 1937 (artigo 122, parágrafo 11)²⁰, que apenas estabelecia a necessidade do contraditório no processo penal. Ainda que, segundo Nelson Nery Jr. (1992, p. 120), a doutrina já compreendesse que o contraditório se aplicava ao processo civil e administrativo, apenas a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que passou a existir previsão constitucional expressa dessa extensão (artigo 5º, LV)²¹, consolidando-se a ideia de que o processo, independentemente da sua natureza, precisa ocorrer em contraditório.

Na visão clássica, o contraditório se limitava ao binômio informação-reação, bastando que fosse dado conhecimento das informações e dos argumentos trazidos ao processo e, em seguida, oportunizada a manifestação da parte contrária para que o contraditório fosse atendido (SILVA, 2017, p. 660). Nessa concepção, o contraditório se limitava às partes, perfazendo-se pela mera formalidade de cientificar e oportunizar a manifestação. Por seu turno, o juiz não se submetia ao

²⁰ Artigo 122, parágrafo 11, da Constituição Federal de 1937: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

²¹ Artigo 5º, LV, Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

contraditório, cabendo a ele apenas oportunizar a manifestação das partes e fundamentar suas decisões. Nesse contexto, contudo, a decisão era considerada fundamentada ainda que não enfrentasse os argumentos expostos pelas partes, ou seja, ainda que não dialogasse com o que foi discutido pelas partes no curso do processo (SILVA, 2017, p. 660).

Dessa forma, a visão clássica de contraditório não satisfaz os anseios do Estado Democrático de Direito, pois abre a oportunidade de manifestação sem que necessariamente sirva para influenciar o resultado do processo (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 16)²². Tendo isso em vista, a visão contemporânea introduz duas novas facetas ao contraditório: o direito de influência²³ e o dever de debates. Além da oportunidade de se manifestar sobre fatos e provas, é acrescido o direito de as partes influírem no resultado do processo a partir de suas manifestações e o dever do juiz de promover o diálogo com as partes ao longo de todo o processo.

No dizer de Antonio do Passo Cabral (2011, p. 200), o contraditório como direito de influência é a própria manifestação da democracia mediante o processo, pois oferece abertura para que os cidadãos influam no resultado do processo, ao mesmo tempo que impõe ao juiz, no momento de decidir, o enfrentamento de todos os fatos, argumentos e provas²⁴. Nesse sentido, as partes deixam atuar como meras

²² Consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 16), “o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial.”.

²³ Camilo Zufelato (2019, p. 65) afirma que o direito de influência não é uma faceta nova do contraditório, pois a manifestação das partes sempre pressupõe a sua capacidade de influir no ato decisório, sob risco de ser inútil o ato de participar. Nesse sentido, o contraditório teria sempre pressuposto o dever do juiz em dialogar com as partes, bem como de fundamentar a sua decisão enfrentando todos os argumentos expostos no curso do processo. No entanto, parece-me que o autor ignora que a renovação do contraditório também impactou no papel das partes e do julgador, que passam a atuar no processo em posições simétricas entre si (ZANETI JR., 2018b, p. 144-145).

²⁴ Nos termos de Antonio do Passo Cabral (2011, p. 200), “[...] a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las

espectadoras do provimento jurisdicional e passam a influenciar na definição fática e jurídica da causa, contribuindo de modo crítico e construtivo para o desenrolar do processo (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 13). Ao mesmo tempo, torna-se imperativo o enfrentamento pelo juiz de todas as teses e as argumentações trazidas aos autos, inclusive aquelas com as quais discorde, de forma que fique evidenciado que os debates travados no curso do processo foram ponderados no momento da elaboração da decisão (CABRAL, 2011, p. 200).

Nesse contexto, o contraditório como direito de influência encontra guarida no repúdio a uma atuação jurisdicional mecânica e burocrática, que ignora as manifestações das partes (ARRUDA ALVIM; GUEDES, 2020, p. 19). Portanto, o destaque dado ao direito de influência visa a afastar o contraditório meramente formal, reconhecendo que o juiz não é excluído do dever de diálogo com as partes nem durante o processo, nem no momento de decidir. Nesse contexto que o contraditório ainda se impõe como dever de debates. De acordo com Antonio do Passo Cabral (2011, p. 202), o juiz tem o dever de “instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo”, ou seja, o juiz deve conduzir o processo no sentido de promover o diálogo sobre questões relevantes que circundam o conflito, ainda que não suscitadas pelas partes.

Nesse sentido, a feição renovada do contraditório acaba por corroborar a máxima da cooperação²⁵, pois promove a reestruturação do processo a partir do reconhecimento do juiz como sujeito do contraditório, que se situa em posição simétrica a das partes, diferenciando-se apenas pelo exercício de funções distintas²⁶

em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung*)”.

²⁵ De acordo com Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 303-304), “É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ (*Kooperationsmaxima*). Trata-se de ‘*extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração*’. O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate.”.

²⁶ Nesse ponto, diverge Daniel Mitidiero (2015, p. 84) que entende que “O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo,

(ZANETI JR., 2018b, p. 95-96). Desse modo, abandona-se a concepção de um processo que é discutido pelas partes e decidido pelo juiz para compreendê-lo como verdadeira “*comunidade de trabalho*”, em que todos os seus sujeitos devem contribuir para a discussão e para a formação da decisão judicial²⁷ (MITIDIERO, 2015, p. 48).

O contraditório deixa de estar conectado apenas a sua literalidade de “manifestar-se em sentido contrário”²⁸ para se estender a qualquer fato, argumento ou prova que seja exposto no processo, inclusive pelo juiz.²⁹ Nesse sentido, no âmbito do contraditório como dever de debates, merece destaque a acepção que remete ao princípio da vedação à decisão surpresa, que estabelece que as questões trazidas

atuando ativamente, fá-lo de maneira dialogal (art. 139, CPC). Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas possíveis decisões² (de modo que o iudicium acabe sendo efetivamente um ato trium personarum, como se entendeu ao longo de toda praxe do jus commune). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório. [...] A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.”. No mesmo sentido Fredie Didier Jr. (2011, p. 212) ao afirmar que, no modelo cooperativo, o juiz é paritário no diálogo, mas assimétrico na decisão: paritário no diálogo porque o juiz “não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na ‘divisão do trabalho’, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio”, de forma a permitir a influência na formação de suas possíveis decisões; e assimétrico na decisão porque “não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz”. Desse modo, nas palavras de Didier Jr. (2011, p. 213) “a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional”.

²⁷ Sobre o impacto da renovação do contraditório no papel do juiz e das partes no processo, Hermes Zaneti Jr. (2018b, p. 144-145) ensina que “O princípio da cooperação é uma forma mais contemporânea de tratar o conflito. Procura equilibrar o papel das partes e do julgador, bem como, de todos que atuam no processo. Esse equilíbrio, mesmo sem a menção do nome *princípio da cooperação*, já era perseguido por todos os juristas que em sua sensibilidade procuraram construir o processo como um instrumento de justiça e de verdade, [...]. Ocorre que a prática dicotômica do processo como coisa das partes ou mero interesse estatal fez com que essa inteligência se perdesse. Por essa razão, o surgimento de deveres de conduta cooperativa para o juiz revela uma mudança de rumos que já era antevista no direito comparado em relação ao princípio do contraditório [...]”.

²⁸ Conforme aponta Edilson Vitorelli (2019, p. 164), “o conteúdo do princípio, tal como atualmente delimitado, pouco se relaciona com o sentido linguístico da palavra. Aludir ao contraditório como garantia máxima do processo não sinaliza a compreensão que se pretende estabelecer, uma vez que, mais importante que contradizer é a oportunidade de participar da construção de uma decisão justa, em conjunto com os demais atores processuais. Por essa razão, em vez de pretender estender a expressão ‘contraditório’ para abarcar toda a realidade do processo, melhor seria, como nos Estados Unidos, se referir, em caráter geral, ao devido processo legal, como garantia matriz do processo, cujo cerne é o direito de participação significativa, inclusive, mas não necessariamente, em contraditório”.

²⁹ Conforme esclarece Camilo Zufelato (2019, p. 61), “A vedação à decisão-surpresa tem assento no fundamento *político* do princípio do contraditório, e não no fundamento lógico, pois, a rigor, o juiz rompeu o paradigma de provocação da questão por uma das partes e, portanto, a manifestação não é da *parte contrária*, mas sim das *partes*, sem conhecimento prévio de qual parte poderá ser prejudicada pela decisão do juiz. Essa questão é bastante importante para se reconhecer que o que está em jogo nas decisões-surpresa não é somente a garantia de defesa da parte, mas também da própria dimensão democrática do poder jurisdicional que o contraditório alberga.”.

ao processo pelo juiz, ainda que possam ser conhecidas de ofício, também ficam submetidas ao contraditório, ou seja, também em relação a elas deve ser oportunizada a manifestação das partes (ZUFELATO, 2019, 61).

Segundo Camilo Zufelato (2019, p. 61), encontra-se na vedação à decisão surpresa a principal alteração sofrida pelo contraditório, pois é o que denota, de maneira mais marcante, a sua incidência sobre a atuação do juiz no processo. Em última análise, a vedação à decisão surpresa exerce dois papéis no processo: sujeitar o juiz ao contraditório também em relação às questões por ele conhecidas de ofício, em um movimento de contenção dos seus poderes e, por conseguinte, de reequilíbrio entre os sujeitos do processo, bem como reforçar a legitimidade político-jurídica da decisão mediante a discussão anterior dos fundamentos (inclusive passíveis de serem conhecidos de ofício), nos quais o provimento jurisdicional se funda (ZUFELATO, 2019, p. 60-61).

Por conseguinte, a impossibilidade de decidir sobre questão sem oportunizar a manifestação das partes gera reflexos também nos brocardos *mihi factum, dabo tibi ius e iuria novit curia*. O brocardo *mihi factum, dabo tibi ius*, traduzido como “dá-me os fatos que lhe darei o Direito”, tem sofrido corrosão, inicialmente, em razão da impossibilidade de dissociação completa entre fato e direito, caracterizada pela relação circular que se impõe entre ambos³⁰: “necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato” (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 13). Essa necessária circularidade entre fato e direito combinada com a inafastável dialeticidade do

³⁰ Nesse ponto, vale realçar os apontamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 13-14): “A formação do material fático da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora devam elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da causa petendi, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum. Por outro lado, conveniente se processe a apreciação dos fatos principais por iniciativa exclusiva do órgão judicial quando se refiram: a) a situação de direito público ou de ordem pública (assim, v.g., a matéria concernente aos pressupostos processuais e às chamadas condições da ação); b) a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão exercida (v.g., pagamento, confusão etc.), salvo se representativos de verdadeira exceção em sentido substancial.”

processo atual impõe que ambos sejam discutidos por partes e juiz, resguardada certa precedência das primeiras na elaboração dos fatos³¹.

Ao mesmo passo, o brocardo *iura novit curia*, que tradicionalmente informa a ideia de que o juiz não está vinculado à fundamentação jurídica da demanda, também deve ter em conta a premissa de que o direito não é alheio aos fatos, além de ser compreendido à luz do princípio do contraditório. Nesse sentido, impõe-se ao juiz apontar a direção que pretende adotar no processo, oportunizando às partes a manifestação sobre qualquer questão na qual pretenda embasar a sua decisão³² (DOMIT, 2016, p. 302-304; ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 15; ALVARO DE OLIVEIRA, 1993, p. 181), sendo inadmissível surpreendê-las com decisão que se sustente em ponto decisivo que não tenha sido discutido ou considerado relevante para o desfecho da causa³³ (ALVARO DE OLIVEIRA, 1993, p. 181).

Desse modo, o contraditório deixa de ter a função meramente formal de oportunizar a manifestação das partes e passa se preocupar com o fomento da efetiva participação no exercício da atividade jurisdicional, contribuindo para a tutela justa do Direito. Segundo Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes (2020, p. 23), o contraditório passa a funcionar como “método de esclarecimento dos fatos e falseamento das hipóteses”, além de colocar o juiz para trabalhar em diálogo com as partes, tudo isso para alcançar, ao final, um resultado justo. Em suma, o contraditório passa a representar a democracia no processo, tornando-o espaço de debate e dissenso, constituindo elemento essencial à atuação regular do Poder Judiciário.

³¹ A própria figura de um juiz ativo mitiga a máxima do *mihi factum, dabo tibi ius*, pois, conforme ensina Antonio do Passo Cabral (2011, p. 202), “[...] na atualidade, perceberam os processualistas a necessidade de postura ativa do juiz para a busca da verdade real, afastando a aplicação irrestrita do princípio dispositivo, e não apenas na atividade probatória. Ganha vigor a compreensão do juiz como sujeito condicionante, que exerce não só poder, mas influência, e vem sendo cada vez mais defendida a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes.”.

³² Otávio Augusto Dal Molin Domit (2016, p. 303-304) ainda entende que a *iura novit curia* deve ser exercida até o ato de saneamento e organização do processo na forma do artigo 357 do Código de Processo Civil, pois é necessário (1) oportunizar o contraditório prévio dos litigantes sobre o novo enquadramento jurídico proposto e (2) também possibilitar a produção de provas de suas alegações na fase instrutória.

³³ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993, p. 181), “De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição.”.

1.3 PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO LEGITIMANTE DA DECISÃO NO PROCESSO COLETIVO

No processo tradicional, a estruturação do contraditório exercido pelas partes e pelo juiz é suficiente para democratizar a atuação do Poder Judiciário, visto que as partes geralmente são também as destinatárias do provimento jurisdicional, ensejando uma completa equivalência entre quem participa no processo e quem é afetado pela decisão. Contudo, no processo coletivo aquele a quem é dada, em regra, a prerrogativa de integrar um dos polos do processo e, por conseguinte, influenciar na decisão judicial não equivale àquele que será afetado imediatamente pelos seus efeitos. Portanto, em uma análise inicial, a decisão proferida no processo coletivo não seria sustentada pela participação no processo daqueles que são os seus destinatários.

O processo coletivo surge a partir do reconhecimento de novos direitos cuja tutela não se enquadra na concepção individual e bilateral de processo (COTA, 2019, p. 30; CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50). Segundo Noberto Bobbio (2004, p. 63), os novos direitos decorrem de uma multiplicação de direitos que ocorre de três maneiras distintas³⁴: aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela, extensão da titularidade de direitos típicos a sujeitos diferentes do homem e a visão do homem em sua concretude que implica no surgimento de outros modos de protegê-lo em suas diversas facetas. Nesse contexto, os direitos coletivos, entendidos como espécie de novos direitos, advêm da incorporação de novos objetos e novos sujeitos a serem protegidos.

Em outra perspectiva, os direitos coletivos também decorrem da massificação das relações individuais que demandam a proteção de três panoramas, para os quais o processo individual se apresenta insuficiente: a existência de um sem-número de

³⁴ Nas palavras de Noberto Bobbio (2004, p. 63) “Essa multiplicação (já dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.”.

interessados no conflito que torna impossível a colocação de todos em um dos polos do processo; a ausência de interesse na tutela pelo indivíduo em razão da insignificância da lesão quando individualmente considerada, de forma que apenas no espectro coletivo é possível verificar o seu real impacto; ou a vulnerabilidade do grupo que inviabiliza a sua articulação para promoção de uma demanda que vise a tutela de seus direitos. Portanto, o processo coletivo surge da inaptidão de o processo tradicional abarcar em sua estrutura individualista a tutela daqueles novos direitos cuja titularidade não é capaz de ser compreendida no âmbito individual e de outros que, apesar de concebidos inicialmente como individuais, o contexto de massificação dos conflitos torna o processo individual inapto a garantir a sua proteção.

Nesse passo, segundo Marcelo Abelha Rodrigues (2016, 110-111), os direitos coletivos podem ser identificados a partir de um “*padrão transindividual*, que torna todos os titulares *standarts* de um mesmo título que o identifica (morador, cidadão, consumidor, usuário etc)”, transcendendo a individualidade e fazendo surgir um sujeito diverso (grupo) ao indivíduo³⁵ (RODRIGUES, 2016, p. 110-111). Nesse contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 26) apontam que o problema básico dos direitos coletivos se encontra em: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”. Portanto, surge a necessidade de rediscutir o processo, de forma que a sua visão individualista dê lugar a uma concepção coletiva, que atenda às novas demandas de a tutela daqueles novos direitos cuja titularidade não é capaz de ser compreendida no âmbito individual e de outros que, apesar de concebidos inicialmente como

³⁵ Nos termos de Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 110-111), “Assim, pelo critério objetivo (a indivisibilidade do objeto), o legislador fez crer que a necessidade individualidade de cada um dos titulares é irrelevante na fruição e proteção desse mesmo bem, tanto que identifica o titular a partir de um *padrão transindividual*, que tornam todos os titulares *standarts* de um mesmo título que o identifica (morador, cidadão, consumidor, usuário etc). Obviamente que ser transindividualidade não é o que transcende o ser humano, mas apenas que transcende à individualidade que tornaria aquele sujeito diverso do outro titular em relação à proteção do bem difuso. Por outro lado, se o bem é indivisível, pode-se dizer que, independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é que a satisfação a um dos titulares implica na de todos eles. De fato, a *restauração do macrobem (ecossistema)* atende da mesma forma para todos os seus titulares. Coisa diversa é a dimensão individual de uso e fruição dos recursos ambientais que formam o equilíbrio ecológico. Em outros termos, significa afirmar que a indivisibilidade do bem faz com que todos os seus titulares se encontrem em posição idêntica sobre o objeto do interesse, algo que não acontece na *dimensão individual* do microbem ambiental.”

individuais, o contexto de massificação dos conflitos torna o processo individual inapto a garantir a sua proteção³⁶.

Assim, entre os desafios que circundam a tutela de direitos coletivos, possui relevância para o presente trabalho a impossibilidade de participação, direta e pessoal, do grupo – titular do direito coletivo –, nos moldes concebidos no processo tradicional. Com intuito de solucionar a inviabilidade da participação individualizada do grupo³⁷, a ordem jurídica lança mão da técnica da legitimação extraordinária³⁸, pela qual é dada a um terceiro, alheio à relação jurídica de direito substancial, a prerrogativa de atuar na defesa dos direitos de grupo, exercendo o contraditório no processo (COTA, 2019, p. 92). Ao lado da legitimação extraordinária, discutem-se ainda conceitos como a legitimidade adequada e a representação adequada³⁹, que reverberam a preocupação com a condução adequada e a apresentação adequada dos interesses do grupo no processo, assegurando uma defesa contundente e coerente com os direitos de grupos⁴⁰.

Na concepção de Edilson Vitorelli (2019, p. 168-169), a ausência de participação, direta e pessoal, dos destinatários do provimento jurisdicional no processo coletivo consiste em contradição decorrente da necessidade de tutelar direitos coletivos que aniquila a premissa de que não há processo sem participação⁴¹. No entanto, o autor

³⁶ Noberto Bobbio (2004, p. 60) realça que “descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.”

³⁷ Neste ponto, vale esclarecer que o grupo não é entendido neste trabalho como um aglomerado de indivíduos, mas o próprio sujeito de direito, titular do direito coletivo, concebido por assim dizer como sujeito distinto das partes que o integram (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 40).

³⁸ O estudo da legitimidade *ad causam* no processo coletivo é realizado no Capítulo 2 deste trabalho.

³⁹ Os temas da “legitimidade adequada” e da “representação adequada” serão desenvolvidos no Capítulo 3 deste trabalho.

⁴⁰ A preocupação com a “representação adequada” é evidenciada a partir da proposta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulada no ano de 2005, por Ada Pellegrini Grinover, que estabelece, no seu artigo 19, parágrafo 1º, que “Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda”.

⁴¹ Na concepção de Edilson Vitorelli (2019, p. 212-213), a participação não é elemento essencial do processo, tendo caráter meramente instrumental. Segundo o autor, “O fato de a participação ser instrumental não significa que ela possa ser eliminada com o deliberado propósito de prejudicar o cidadão. Todavia, se for possível encontrar arranjos institucionais que restrinjam, ou mesmo suprimam a participação, por motivos sistematicamente valiosos e, ao mesmo tempo, sejam capazes de realizar os direitos materiais envolvidos no litígio, não haverá motivo para reputá-los inconstitucionais.” [...], acrescenta ainda que “Se a participação fosse essencial, a conclusão seria oposta: todos os processos deveriam oportunizar o comparecimento de todos os interessados,

parte da premissa que a participação no processo consiste em direito primordialmente individual⁴², desconsiderando que a democracia atual abarca também a dimensão coletiva da participação, mormente por ter em vista que a realidade contemporânea não mais comporta que alguém participe de todos os processos e decisões que o atinjam.

Consoante Hermes Zaneti Jr. e Camila de Magalhães Gomes (2011, p. 319-320), ao contrário do processo individual que o contraditório se limita à participação *no* processo, no âmbito da tutela coletiva a participação *pelo* processo⁴³ é ferramenta imprescindível para assegurar a sua democratização.

A participação *no* processo é dada primordialmente mediante a atuação das partes, ou seja, do legitimado coletivo. Para além de viabilizar a proteção dos direitos coletivos, a atuação do legitimado extraordinário também se sustenta na aptidão de a tutela coletiva atingir a uma coletividade e, portanto, transcender a proteção dos interesses “privados” do grupo, visando a assegurar a proteção de valores preponderantes no seio de toda a sociedade (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 61). Nesse cenário, a autonomia conferida ao legitimado extraordinário na escolha das estratégias a serem adotadas é imprescindível, pois dissocia a sua atuação da vontade do grupo, que funciona como direcionamento, e não como seu

independentemente dos eventuais benefícios que pudessem dele decorrer. A participação instrumental advoga que, se não se pode antever qualquer vantagem para a realização dos direitos materiais litigiosos, em razão da oportunidade participativa, ela não deve existir.”. Ainda segundo o autor, a participação constitui direito do indivíduo, o que significaria dizer que a participação apenas se estabelece quando garantida a todos os indivíduos interessados (VITORELLI, 2019, p. 214). No entanto, essa não é a concepção adotada neste trabalho que enxerga o direito à participação como direito de quarta dimensão, tendo, portanto, caráter transindividual e perfazendo-se pelas diversas vias, inclusive mediante atuação do indivíduo, de órgãos intermediários ou mesmo de representantes.

⁴² Nas palavras de Edilson Vitorelli (2019, p. 214), “É certo que os direitos fundamentais não são meros instrumentos de realização de políticas governamentais. A participação no processo é, primordialmente, uma garantia individual. Contudo, seu conteúdo deve ser definido instrumentalmente, tendo como referência a efetiva contribuição para a realização de direitos materiais. A participação certamente pode auxiliar na construção de um processo visto como mais democrático, que incute nas partes um (certo) senso de legitimidade da decisão, e colabora para que esta seja mais aderente à realidade do direito material.”.

⁴³ Segundo Álvaro Luiz Valery Mirra (2010, p. 155), “Não se está diante, é preciso compreender, de mera participação interna ao processo civil, exercida pelos sujeitos da relação jurídica processual no desenrolar do procedimento, nem de participação social na organização e fiscalização dos serviços judiciários ou no desempenho da função judicante em matéria ambiental. Na participação pelo processo, os indivíduos, os grupos e os órgãos e instituições representativos do interesse da sociedade na proteção do meio ambiente utilizam-se do processo civil como veículo que lhe permite intervir, sem a intermediação da representação político-eleitoral, na defesa da qualidade ambiental. O sistema processual, aqui, abre à sociedade a via da jurisdição civil, vista como espaço institucional por intermédio do qual a participação popular na defesa do meio ambiente se realiza concretamente.”.

determinante. Decerto, a condução do processo deve maximizar a proteção dos direitos expostos na demanda coletiva à luz das características do litígio, o que torna possível que o legitimado atue em dissonância à vontade do grupo, mas não significa, de modo algum, que atuará em contrariedade ou em desconsideração aos seus interesses. Apesar da autonomia na condução do processo, o legitimado coletivo precisa atuar adequadamente na proteção dos direitos do grupo, o que perpassa a análise das perspectivas expostas pelo grupo.

Por seu turno, a participação *pelo* processo autoriza a ampliação dos veículos de participação, concebendo o processo coletivo como canal institucionalizado por meio do qual é oportunizada a deliberação pela sociedade de questões relevantes (MIRRA, 2010, p. 155). Nessa linha, o processo coletivo passa a funcionar como instrumento de debate de temas que envolvem toda a sociedade e, portanto, merecem discussões mais densas que aquelas que seriam travadas em um processo entre partes. Por conseguinte, a participação *pelo* processo enfatiza a acepção do contraditório como direito de influência, pois incentiva a partir da diversificação dos mecanismos processuais a participação de outros sujeitos interessados. Desse modo, a participação deixa de ser realizada apenas pelas partes formais do processo – que, ainda assim, devem conduzir o processo adequadamente⁴⁴ – e passa a ser promovida também a partir de instrumentos tradicionais de intervenção de terceiros ou outros mecanismos como audiências públicas⁴⁵, *town meeting*⁴⁶, assessorias técnicas⁴⁷, intervenção de membro de grupo etc.

⁴⁴ Tema que será abordado no Capítulo 3 deste trabalho.

⁴⁵ Segundo João Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2020, p. 229-230), “As audiências públicas consistem em sessões públicas, acessíveis à população em geral, realizadas com o objetivo de permitir o debate a respeito de algum tema juridicamente relevante. Cuida-se de instrumento de legitimação que se popularizou no Brasil a partir da década de 1990, possibilitando que pessoas de origens diversas contribuam para a exposição e enriquecimento dos variados pontos de vista sobre determinada questão social, auxiliando a tomada de decisões nos âmbitos legislativo, administrativo ministerial e judicial. Participam ativamente das audiências públicas, além dos representantes dos órgãos e instituições públicas (Poder Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, parlamentares etc), pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, bem como aqueles que, de alguma forma, possam contribuir com o assunto, notadamente os membros das coletividades interessadas.”

⁴⁶ Segundo ensina Edilson Vitorelli (2019, p. 596), no modelo do tipo *town meeting*, “o processo deve dar aos integrantes da sociedade a oportunidade de colaborar entre si, o que tende a reforçar a coesão do grupo. Isso pode ser obtido pela realização de debates públicos ou de sessões de mediação apenas entre os membros da classe, para tratar não de seus problemas como parte contrária, mas das divergências entre seus princípios objetivos e visões do litígio.”. Por seu turno, Clênderson Rodrigues da Cruz (2021, p. 304) enuncia que, na *town meeting*, “A atividade jurisdicional

Desse modo, apesar de a participação do grupo não ocorrer nos moldes tradicionais, de modo algum, isso significa a inobservância do pressuposto da participação, essencial ao desenvolvimento legítimo do processo⁴⁸. Consoante elucidado anteriormente, a participação no Estado Democrático de Direito não se perfaz apenas por mecanismos de democracia direta e, ainda que o processo tradicional tenha privilegiado o contraditório direto e pessoal dos indivíduos afetados, não há impedimento para que seja promovido por outros meios. Conforme esclarece Hermes Zaneti Jr. (2021a, p. 225), a democracia participativa se diferencia da democracia direta por dar ênfase à participação das formações sociais e dos entes exponenciais da sociedade, agregando dimensão coletiva ao direito de participar, que deixa de ser concebido apenas em sua dimensão individual.

Ademais, em que pese o contraditório seja tradicionalmente exercido direta e pessoalmente pelos destinatários do provimento jurisdicional, seu conceito não perpassa essas características, pelo contrário, o que se nota é que, ao falar em contraditório, realça-se a necessidade de participação dos sujeitos do processo, especialmente das partes. Ainda que seja desejável que as partes da relação processual sejam equivalentes aos titulares do direito, ou seja, a quem o provimento jurisdicional se destina, parte e titular do direito não são conceitos que se sobrepõem⁴⁹ (NERY JR.; NERY, 2018, p. 297), de modo que a ordem jurídica não impede que a tutela do direito seja perquirida por sujeito alheio à relação de direito material. Outrossim, o contraditório como direito de influência e dever de debates amplia a sua função para além de debates entre partes no processo, impondo que

passa a se assemelhar mais com os debates comuns em órgãos administrativos e legislativos do que com aquilo que tradicionalmente ocorre em um processo judicial. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo e a diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram”.

⁴⁷ Segundo Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros (2022, p. 230-231), a assessoria técnica independente assegura o diálogo equilibrado entre indivíduo e litigante habitual, reduzindo os entraves relacionados à assimetria técnica e informacional, de modo a devolver o protagonismo das vítimas na definição do resultado do conflito.

⁴⁸ Marcella Pereira Ferraro (2015, p. 83) destaca que “De fato, parece não haver razões suficientes para considerar que a participação no processo deva ser individual. As próprias ações coletivas deveriam ser colocadas em xeque se assim fosse. É possível considerar que deve haver a representação adequada dos interesses, ou seja, não que cada um tenha de participar pessoalmente do processo (não é que cada pessoa tenha direito ao seu *day in court*, mas a que seu interesse seja adequadamente representado). Nossa Constituição prevê o acesso à justiça e o contraditório, mas nada disso impõe que a participação seja pessoal, até porque se o fizesse seria uma garantia em boa parte ilusória.”.

⁴⁹ A distinção entre parte em sentido processual e parte em sentido material (titular do direito) será abordada no Capítulo 2.

os temas sejam discutidos, dentro e fora do processo, com outros interessados, a fim de instruir da melhor forma o caso e alcançar a melhor solução. Não se trata, aqui, de tornar o processo do tamanho do litígio, mas de o ambiente processual ser capaz de representar o conflito de maneira fidedigna, de forma que as perspectivas, opiniões e interesses dos grupos não sejam ignorados, seja pela malícia daqueles que conduzem o processo, seja pela insuficiência de informações.

Dessa forma, ao contrário do que sugere Edilson Vitorelli (2019), não há qualquer contradição entre a ausência de participação, direta e pessoal, do titular do direito e a premissa de que o contraditório é fundamental para que exista processo, pois o direito de participação no processo se perfaz quando há influência dos destinatários no provimento jurisdicional, o que, no processo coletivo, ocorre por meio da atuação adequada do legitimado coletivo e pela adoção de outros mecanismos de participação que permitem que a narrativa do grupo integre a dialética do processo. Nesse sentido, o preceito participativo no processo coletivo não é dado apenas a partir da participação em contraditório das partes no processo, mas também por outros mecanismos de participação, formais e informais, diretos e indiretos, que dão voz ao grupo e permitem que se forme, no âmbito do processo coletivo, verdadeiro espaço deliberativo de participação da sociedade nos processos decisórios do Estado.

Nos capítulos seguintes, avançaremos com os temas da participação no processo e da participação pelo processo, partindo do estudo da legitimação coletiva, visto que, no processo coletivo brasileiro, o contraditório é primordialmente realizado por terceiros autorizados pela ordem jurídica, e perpassando a acepção de um controle dessa condução processual e a sua articulação com outros mecanismos de participação. Por conseguinte, os próximos capítulos visam a buscar vias que assegurem uma tutela coletiva mais adequada à garantia do interesse público, ao mesmo tempo que se preocupa com a participação do grupo, de forma que a tutela coletiva não se furte de proteger o titular do direito.

2 LEGITIMIDADE PARA AGIR NO MODELO DE PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

2.1 COMPREENDENDO A LEGITIMIDADE PARA AGIR NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1.1 Legitimidade na Teoria Geral do Processo

Segundo elucida Fredie Didier Jr. (2021, p. 66), a Teoria Geral do Direito é “uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, organização e articulação dos conceitos fundamentais à compreensão do fenômeno jurídico”. Tratando-se de uma teoria geral, sua finalidade é desenvolver conceitos com pretensão universal, que sejam capazes de permitir a compreensão da estrutura normativa do Direito, independentemente da ordem jurídica vigente (DIDIER JR., 2021, p. 49 e 68). Inobstante ter sido desenvolvido com afinco no âmbito do Direito Processual Civil, o conceito de legitimidade possui relevância em todas as áreas do Direito, razão pela qual deve ser encartado no estudo da Teoria Geral do Direito (ARMELIN, 1979, p. 9).

Consoante Donaldo Armelin (1979, p. 13-14), a legitimidade consiste em qualidade do sujeito para a prática de determinado ato (legitimidade ativa) ou para suportar seus efeitos (legitimidade passiva) decorrente, em regra, da titularidade de uma situação jurídica ou da responsabilidade por seus efeitos em relação aos atingidos por ele. É importante destacar a parte final do conceito proposto: a legitimidade decorre, em regra, da *titularidade* de uma situação jurídica ou da responsabilidade por seus efeitos. A despeito de a legitimidade advir, via de regra, da titularidade da situação jurídica, ver-se-á mais a frente que isso nem sempre é o caso, nem tampouco constitui a regra em determinadas estruturas processuais (a exemplo da legitimação ativa no processo coletivo brasileiro⁵⁰).

⁵⁰ No caso da legitimidade *ad causam* para as ações coletivas, tema central para o desenvolvimento deste trabalho, a correspondência entre parte legítima e titular do direito é exceção, conforme será discorrido no Tópico 2.2.

Assim, em uma acepção mais geral, a legitimidade decorre da ordem jurídica, podendo ser atribuída ao titular da situação jurídica ou a outro sujeito por opção legislativa (ARMELIN, 1979, p. 11). Trata-se, em síntese, de qualidade que acompanha o sujeito autorizando-o a praticar determinado ato jurídico (ARMELIN, 1979, p. 18-19; RAMALHO, 2007, p. 97; DIDIER JR., 2020, p. 441-442).

Quanto à aferição da legitimidade, ela é dada a partir da correspondência entre a posição jurídica do sujeito em concreto e aquela prevista na lei para a prática do ato. Conforme Donald Armelin (1979, p. 12), o destaque dado à posição jurídica por meio da qual se afere a legitimidade contribui para que comumente ela seja conceituada como posição ou relação jurídica, retirando-se o enfoque da figura do legitimado (sujeito qualificado pela legitimidade) para atribuí-lo à posição jurídica em que se encontra (posição que o legitima para praticar o ato), o que não parece o mais acertado. Ser legítimo é estar autorizado a praticar determinado ato; por seu turno, encontra-se incorporado ao conceito de legitimação, entendido como ato de legitimar, de atribuir legitimidade a alguém, a preocupação com a posição jurídica (legitimante). Portanto, segundo Armelin (1979, p. 12), compreender a legitimidade como posição jurídica advém de uma confusão entre os conceitos de legitimidade e legitimação. Nesse passo, legitimidade é qualidade do sujeito para a prática de ato jurídico cuja aferição emerge da situação jurídica legitimante (legitimação) em que se encontra o sujeito no momento de realizar o ato (ARMELIN, 1979, p. 12-13).

Ainda segundo Donald Armelin (1979, p. 18-19) a legitimidade decorre de circunstâncias estritamente jurídicas, de uma situação normativamente prevista, encontrando-se vinculada à posição jurídica em que se encontra a pessoa ou ente no momento da prática do ato. Ademais, a legitimidade pode ser transferida em determinados casos, a exemplo de hipóteses de sucessão processual, de modo que é passível de ser adquirida ou mantida em razão de negócios jurídicos que impactem a posição jurídica da pessoa ou ente. Tendo em vista essa fluidez (isto é, possibilidade de modificação da posição jurídica) que a aferição da legitimidade deve ocorrer à luz da posição jurídica adotada no momento da prática do ato, nunca em abstrato (ARMELIN, 1979, p. 18-19). Outrossim, a legitimidade está sempre restrita ao objeto do ato a ser realizado, isto é, sua aferição se limita a atos relacionados ao conteúdo de determinado objeto; por isso, ela é reconhecida como

pressuposto subjetivo-objetivo: sua aferição é determinada pela relação entre sujeito e objeto (SEVERO NETO, 2002, p. 30; ARMELIN, 1979, p. 16-17).

Em síntese, pode-se afirmar que a legitimidade é qualidade que agrega a pessoa ou ente e constitui pressuposto para o aperfeiçoamento do ato jurídico, marcada por um caráter específico, visto que se vincula a um determinado objeto, e aferida a partir da posição jurídica adotada pela pessoa ou ente no momento da prática do ato. Tendo como base o conceito de legitimidade, analisaremos, a seguir, a legitimidade para agir, espécie de legitimidade própria do Direito Processual Civil.

2.1.2 Legitimidade para agir

No plano processual, a legitimidade para agir (como é adjetivada) é constatada pela correspondência entre a situação jurídica legitimadora advinda da previsão legal e aquela que o sujeito se encontra em relação ao objeto litigioso deduzido em juízo (DIDIER JR., 2020, p. 441; ARMELIN, 1979, p. 12). Portanto, a legitimidade é aferida à luz do caso, mais especificamente do ato jurídico que se realizou ou se pretende realizar.

Vale realçar que a legitimidade para o processo (*legitimatío ad processum*), apesar de denominada “legitimidade”, não constitui espécie de legitimidade, nem tampouco se confunde com a legitimidade para agir (RAMALHO, 2007, p. 102). Segundo assevera Eduardo Cândia (2013, p. 33), a legitimidade para o processo indica “a qualidade para estar no processo e realizar atos processuais, não se indagando se a ela se refere o direito discutido”. Esse conceito demonstra que a legitimidade para o processo não se vincula ao objeto litigioso (ou seja, não possui caráter específico, mas genérico) e, por conseguinte, aproxima-se do conceito de capacidade para estar em juízo⁵¹ (capacidade processual). Nesse sentido, inobstante ser bastante disseminada no âmbito do Direito Processual Civil, a terminologia “legitimidade para

⁵¹ A capacidade para estar em juízo, também conhecida como capacidade processual consiste na aptidão de integrar a relação processual, sem a necessidade de ser representado ou assistido em juízo (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021, p. 392; GONÇALVES, 2020, p. 520); relaciona-se à autonomia do sujeito ou não para praticar atos jurídicos válidos. A capacidade processual pressupõe a presença da capacidade para ser parte, isto é, a aptidão de integrar relação processual; o contrário, contudo, não é verdadeiro (GODINHO, 2016, p. 119).

o processo” é claramente imprópria, pois se relaciona a um atributo alheio ao ato concretamente considerado, o que a afasta do conceito de legitimidade e a aproxima do conceito de capacidade⁵².

Consoante esclarece Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 258), a legitimidade não pode ser aferida a priori, descolada da situação concreta que foi submetida ao Poder Judiciário; isto porque não existe parte em tese legítima, a parte é legítima ou não a partir do confronto com a situação jurídica concreta veiculada. Essa compreensão é de extrema relevância para entender que quando a lei apresenta um rol de legitimados para utilizar determinado instrumento processual não disciplina a legitimidade em abstrato, mas define a quais sujeitos é autorizado pelo ordenamento jurídico integrar aquele modelo procedimental; trata-se de elemento normativo relacionado à legitimação (ato de legitimar) que autoriza que aquele que não é titular da situação jurídica substancial seja considerado parte legítima. Nesse sentido, quando o artigo 5º, inciso I, da Lei de Ação Civil Pública, estabelece que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública, há uma atecnia no emprego do termo “legitimidade”, pois o que esse dispositivo legal estabelece é a legitimação do Ministério Público para integrar uma ação civil pública e atuar na defesa dos direitos (alheios) tuteláveis por esse instrumento. Isso fica evidente pelo fato de a disposição legal ter caráter abstrato, sem qualquer vinculação a um ato concreto. De outro lado, ainda podemos completar que a legitimidade do Ministério Público será aferida apenas em concreto, com base no objeto litigioso discutido no bojo de uma ação civil pública proposta.

Portanto, a legitimidade para agir refere-se à qualidade da parte (autora ou ré) em relação a uma determinada demanda (CÂNDIA, 2013, p. 31). Nesse passo, o processo se constitui entre partes legítimas sempre que as situações jurídicas em que as partes se encontram, em *status assertionis*, coincidem com as situações legitimantes (BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 42). Para todo processo, a ordem jurídica estabelece, implícita ou explicitamente, esquemas subjetivos abstratos, também conhecidos como situações legitimantes, que indicam como deve ser

⁵² Ao contrário da legitimidade que é pressuposto subjetivo-objetivo, pois sempre aferido à luz de um ato jurídico específico, a capacidade é pressuposto subjetivo aferido com base no sujeito em si mesmo, descolado do ato em concreto (SEVERO NETO, 2002, p. 30; ARMELIN, 1979, p. 16-17).

formada a relação processual (BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 41-42). A cada uma das partes que integram a relação processual corresponde uma situação legitimante, que, em regra, consiste na titularidade da situação jurídica posta em juízo ou na responsabilidade por seus efeitos. Via de exceção, a ordem jurídica atribui a legitimidade a pessoa ou ente alheio à relação jurídica substancial, formulando um modelo de legitimação que rompe com a regra da titularidade do direito material discutido.

Tendo como base a teoria da asserção⁵³, que estabelece que a legitimidade para agir deve ser verificada com base nos fatos descritos pelas partes, independentemente de demonstração da sua veracidade ou não (BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 42), basta que a narrativa empregada pelas partes coincida com uma situação jurídica que os legitime a pleitear o direito discutido no processo, sem que seja necessário adentrar propriamente no seu mérito⁵⁴. Nesse sentido, a legitimidade *ad causam* se relaciona com o direito material discutido no processo, mas sem se confundir com o mérito propriamente dito. Essa relação entre legitimidade *ad causam* e direito material é corroborada pela regra de legitimação (esquema abstrato) ser a titularidade do objeto litigioso, isto é, a parte legítima da relação processual coincidir, em regra, com a parte na relação substancial. Neste ponto, vale uma breve digressão para compreender a diferença entre parte em sentido material e parte em sentido processual, cuja relevância é latente para o estudo da legitimidade para agir.

Inicialmente, a diferenciação entre parte em sentido material e parte em sentido processual advém da busca pela autonomia do direito processual em relação ao direito material, desvinculando a formação da relação processual do direito material

⁵³ Vale registrar que não há consenso quanto à adoção da teoria da asserção para explicar a natureza jurídica da ação (NEVES, 2018, p. 124).

⁵⁴ Conforme esclarece Fredie Didier Jr. (2020, p. 456), na hipótese de legitimidade ordinária, quando o pressuposto da legitimidade estiver presente no processo, a sentença proferida resolverá o mérito, podendo ser procedente ou improcedente, já que “nem sempre basta o reconhecimento da titularidade do direito afirmado para que a vitória seja alcançada”. Esse trecho evidencia que o pressuposto da legitimidade, apesar de se relacionar com o mérito da demanda, com ele, nem sempre se confunde. Há uma linha tênue entre legitimidade e mérito da demanda, de forma que, por vezes, eles se confundem, outras não. Nesse sentido, no caso de o autor ser considerado ilegítimo para propor a ação, pois não é o titular do direito, verifica-se hipótese em que a própria ilegitimidade acarretará improcedência do mérito, por concluir como inexistente a relação jurídica afirmada (DIDIER JR., 2020, p. 456). Em razão dessas nuances que optamos por afirmar que o pressuposto da legitimidade não se confunde com o mérito propriamente dito, mas com ele se relaciona.

que se pretende discutir⁵⁵ (OLIVEIRA JR., 1971, p. 26-27). Segundo Acelino Rodrigues Carvalho (2006, p. 110), o primeiro doutrinador a destacar essa distinção foi Adolf Wach ao estabelecer que a parte em sentido material é o sujeito (ativo ou passivo) da relação de direito de material; em contrapartida, para Wach, a parte em sentido formal (ou processual) é a pluralidade de pessoas sem personalidade jurídica que podem figurar no processo como autor ou réu. Apesar de essa conceituação não ser adotada pela doutrina moderna, a sua compreensão contribuiu para o desenvolvimento dos conceitos mais modernos e que partem da premissa que nem sempre há coincidência entre o sujeito da relação jurídica de direito material e aquele da relação jurídica processual (CARVALHO, 2006, p. 110-111).

Nesse passo, Cândido Rangel Dinamarco (2021, p. 18) reconhece o conceito puramente processual de parte e destaca a possível dissociação entre a parte em sentido material e a parte em sentido processual. A parte em sentido processual são os sujeitos interessados que integram a relação processual e que serão afetados pelo provimento judicial (DINAMARCO, 2021, p. 18). A qualidade de parte em sentido processual torna o sujeito titular de situações jurídicas, ativas e passivas (faculdades, poderes, deveres, ônus, sujeição), que compõem a relação jurídica processual (DINAMARCO, 2021, p. 18). Por seu turno, a parte em sentido material é o titular dos direitos e obrigações referentes a um bem da vida (DINAMARCO, 2021, p. 18). Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 297) também adotam o conceito de parte puramente processual ao afirmarem que parte é aquele que pede e em face de quem se pede, adotando o conceito proposto originalmente por Giuseppe Chiovenda. Por sua vez, eles compreendem que parte no sentido material é aquela que se afirma titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo e em face de quem essa titularidade é afirmada.

⁵⁵ Sofia Temer (2020, p. 35-36) ensina que “Depois de muitos debates, consolidou-se a posição de que, diante do desenvolvimento da ciência processual e do reconhecimento da autonomia do processo face ao direito material, não mais seria possível classificar como partes do processo os sujeitos da relação substancial controvertida. Afirma-se, então, que partes e terceiros devem ser identificados exclusivamente a partir do contexto processual: partes são os sujeitos da relação processual e terceiros são, por exclusão, todos os demais, o que teria o mérito de não confundir a posição de ‘parte’ com a de ‘parte legítima’.” No entanto, continua Temer (2020, p. 36-39) que, mesmo após essa definição, a discussão sobre “partes e terceiros” no processo não foi pacificada, sendo o dissenso terminológico acentuado pela constante inovação das figuras interventivas no processo. Desse modo, Temer (2020, p. 43) sugere que “Talvez seja hora de reconhecer que há, em realidade, outras categorias (para além de parte-terceiro), revendo sua utilidade e conveniência no cenário atual, e outros critérios classificatórios para os sujeitos processuais (que não apenas o fato de comporem a relação processual).”.

Nesse diapasão, a conexão entre direito material e legitimidade para agir é reforçada a partir da cisão entre parte em sentido material e parte em sentido processual, pois a regra é que a parte legítima para a causa coincida com ambas; “terão legitimidade ativa e passiva para a causa [salvo disposição em contrário] somente aquelas mesmas pessoas que sejam titulares da relação jurídica substancial posta como objeto do juízo (CPC, arts. 17-18)” (DINAMARCO, 2021, p. 22). Quando a parte em sentido material não coincidir com a parte no sentido processual, aquela será apenas um terceiro, pois não integrante da relação processual.

Os conceitos de parte legítima e parte em sentido processual também não se confundem. A parte em sentido processual é aquela a quem é dada a possibilidade de assumir situações jurídicas ativas e passivas pelo simples fato de integrar a relação processual, em razão de ter proposto a demanda, ter sido citado ou ter intervindo voluntariamente no processo (DINAMARCO, 2021, p. 18-20). A legitimidade para compor a relação processual é fator que deve ser analisado em momento posterior à assunção da posição de parte, portanto é qualidade ou não atribuída à parte (em sentido processual) com base no objeto litigioso (DINAMARCO, 2021, p. 22). Ao contrário do conceito de parte (em sentido processual) cujo teor é puramente processualístico, isto é, é absolutamente alheio ao direito material; o conceito de parte legítima está intrinsecamente conectado ao direito material, pois sua verificação será feita sempre à luz do pleito deduzido em juízo. Nesse passo, a legitimidade não é essencial à formação da relação jurídica processual, a qual advém da provocação ao órgão jurisdicional (ASSIS, 2003, p. 2).

Para o presente trabalho, o ponto nevrálgico encontra-se no fato de o sentido de parte no Direito Processual Civil ser desvinculado do direito material, da parte em sentido material, constituindo conceito estritamente processual. Isso é de extrema importância para reforçar a premissa, da qual partimos ao iniciar a presente digressão, e pode ser levemente afinada: nem sempre a parte legítima do processo coincide com a parte da relação jurídica substancial.

A despeito de não ser obrigatória a coincidência entre parte em sentido material e parte em sentido processual para que o processo se forme entre partes legítimas, tradicionalmente há coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a parte

legítima a compor a relação jurídica processual. Isso decorre de uma noção de que ninguém melhor para pleitear e defender o direito que seu próprio titular. Essa espécie de legitimidade é denominada de ordinária, justamente por tradicionalmente corresponder à regra da legitimação, e se verifica quando a parte legítima defende em nome próprio direito próprio (DIDIER JR, 2020, p. 442). O artigo 18, *caput*, do Código de Processo Civil ao dispor que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”, destaca que, no processo civil brasileiro, há hipóteses de legitimação ordinária (primeira parte) e legitimação extraordinária (segunda parte).

De outro lado, quando a parte legítima não coincide com o titular do direito afirmado em juízo, verifica-se a denominada legitimidade extraordinária. Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (1971, p. 34-35) explicita que a legitimidade extraordinária é aquela atribuída por lei a pessoa ou ente que não se apresenta como titular do direito afirmado (legitimidade extraordinária ativa) ou como responsável por suportar os seus efeitos (legitimidade extraordinária passiva), de forma que não há coincidência entre os sujeitos da relação jurídica substancial e da relação jurídica processual. Nesse mesmo sentido aponta José Carlos Barbosa Moreira (1969, p. 10) ao afirmar que “quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária”. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 318), “quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo, diz-se que há legitimação extraordinária”.

Por seu turno, Eduardo Cândia (2013, p. 56, destaque no original) destaca que “a tônica da legitimidade extraordinária [...] é uma só: *a possibilidade de atos praticados por uma pessoa influir na esfera patrimonial alheia*”; em outras palavras, a possibilidade de uma pessoa ou ente atuar na defesa de direito alheio, ocasionando consequências ao titular do direito decorrentes da sua atuação.

Em síntese, o conceito de legitimidade extraordinária nada mais pretende do que se opor ao de legitimidade ordinária. Do mesmo modo que a legitimidade ordinária é a defesa de direito próprio, a legitimidade extraordinária, com o intuito de se referir a um conceito residual, remete à defesa de direito alheio. Nesse diapasão, toda

legitimidade que não é ordinária, é extraordinária. A legitimidade extraordinária trata de hipóteses de defesa do direito alheio; a parte legítima postula no processo em defesa de direito alheio, de direito do qual não é titular ou sobre o qual não suporta os efeitos (BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 43). Nesses casos, a dissociação entre a parte legítima e o sujeito da relação jurídica substancial é definida por motivo de conveniência reconhecida pela ordem jurídica, não havendo uma regra que defina genericamente a sua ocorrência (ASSIS, 2003, p. 4).

Por fim, não é incomum que a legitimação extraordinária seja tratada como sinônimo de substituição processual (DIDIER JR., 2020, p. 442). Apesar de a substituição processual receber destaque no estudo da legitimação extraordinária, isso não as tornam equivalentes, pois há outras hipóteses de defesa de direito alheio que não configuram substituição processual (CAMPOS JR., 1985, p. 18), como é o caso da assistência simples e da legitimação extraordinária por representação processual⁵⁶. Em contrapartida, a substituição processual deve ser reconhecida como espécie do gênero legitimação extraordinária, visto que também o substituto processual é aquele que, quando autorizado por lei, atua em nome próprio na defesa de direito alheio (OLIVEIRA JR., 1971, p. 132; CAMPOS JR., 1985, p. 19). No próximo tópico, analisaremos mais profundamente a substituição processual como espécie do gênero legitimação extraordinária.

2.1.3 Legitimidade extraordinária por substituição processual

A substituição processual é espécie do gênero legitimação extraordinária. Embora a substituição processual seja hipótese de legitimação extraordinária, nem sempre a última configurará a primeira. Nas palavras de Ephraim de Campos Jr. (1985, p. 18, grifo no original), “*não é toda vez que se defende direito alheio em nome próprio que ocorre substituição processual*”, é necessário demarcar características específicas que a identifiquem.

⁵⁶ A legitimação extraordinária por representação processual será tratada no Tópico 2.2.3 ao analisarmos a regra do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, e os Temas 82 e 499, ambos do Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, segundo Waldemar Mariz Oliveira Jr. (1971, p. 132), a legitimação extraordinária por substituição processual caracteriza-se por ser originária e primária. A substituição processual é originária, porque não deriva de outra legitimação em potencial do titular da relação jurídica substancial, e primária, porque pode surgir independentemente da vontade e mesmo contra o interesse do substituído (OLIVEIRA JR., 1971, p. 132). De acordo com Ephraim de Campos Júnior (1985, p. 20), a substituição processual é configurada a partir de dois elementos simultaneamente: a atribuição legal da legitimação para defesa, em nome próprio, de direito alheio e a ausência do titular da relação jurídica substancial na posição de parte principal na relação jurídica processual.

Nesse mesmo sentido aponta José Carlos Barbosa Moreira (1969, p. 45) ao estabelecer que a substituição processual consiste na legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, ou seja, aquela em que se defende direito alheio, com absoluta independência na condução do processo em relação àquele que seria o legitimado ordinário e sem a presença deste na condição de parte principal. Nessa concepção, não há que se falar em substituição processual quando o legitimado ordinário também pode atuar no processo como parte principal, ou seja, em posição equivalente ao legitimado extraordinário por substituição processual, pois, ao contrário do que é sugerido pela própria nomenclatura, nessa hipótese, o legitimado ordinário não seria substituído processualmente por um terceiro legitimado a ocupar a posição de defesa do direito, assumindo por si mesmo tal posição (CARVALHO, 2006, p. 142). De fato, não é possível pensar que um sujeito ou ente seja, a um só tempo, substituído e atue como parte legítima em uma mesma relação processual⁵⁷ (CAMPOS JR., 1985, p. 21).

De outro lado, Maria Cristina Mattioli (1994, p. 106) entende que é possível que a substituição processual ocorra também na hipótese de legitimação extraordinária autônoma e concorrente, pois, apesar de não ser possível entender que há substituição processual quando legitimado ordinário e legitimado extraordinário

⁵⁷ Segundo Ephraim Campos Jr. (1985, p. 21, grifo no original), “Ora, é óbvio que nos casos de legitimidade concorrente, por não impedir esta que o titular da relação litigiosa assumira posição de parte (principal) no processo, *não se pode falar em substituição processual, se ambos* (o legitimado ordinário e extraordinário) *figurarem simultaneamente, em posições equivalentes, no processo. Se ambos, conjuntamente* (isto é, em litisconsórcio), exercitarem a ação, não se pode falar em substituição processual, o que é evidente”.

integram simultaneamente a posição de parte principal na relação processual, a substituição se perfaz quando apenas o legitimado extraordinário integra a relação, ainda que resguardada a legitimidade ordinária do titular do direito que se mantém inerte⁵⁸. Portanto, a configuração ou não da substituição processual no caso de legitimação extraordinária concorrente dependeria do ingresso ou não do legitimado ordinário na relação processual.

Tendo em vista o dinamismo inerente à análise da legitimidade para agir no processo e, por conseguinte, também à da substituição processual, é preciso concordar que, a despeito de a legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ilustrar a forma mais pura da legitimação extraordinária por substituição processual, pois exclui, de antemão, a legitimação ordinária, não se pode negar que a legitimação extraordinária autônoma e concorrente, quando o legitimado ordinário não se faz presente no processo, concebe hipótese de substituição processual, pois também a relação jurídica processual é integrada por legitimado extraordinário que atua na defesa de direito alheio, substituindo o legitimado ordinário.

A legitimação extraordinária por substituição processual é ainda tradicionalmente concebida como decorrente de expressa previsão legal (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 20). Conforme Hermes Zaneti Jr. (2010, p. 105), no Direito brasileiro, a legitimação extraordinária deflui da ordem jurídica, não sendo necessário que esteja expressa em lei. Isso se justifica porque o artigo 18, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro (no mesmo sentido dispunha o correspondente do Código de Processo revogado⁵⁹) não expressa a necessidade de que a disposição legal aponte explicitamente que se trata de hipótese de legitimação extraordinária para que assim seja reconhecida; basta que a norma jurídica (Constituição, lei, decreto, etc) evidencie os elementos para a sua caracterização (ZANETI JR., 2010, p. 105;

⁵⁸ Mais especificamente, para Ephraim Campos Jr. (1985, p. 21), haverá substituição processual na hipótese de legitimação concorrente quando houver mais de uma pessoa ou ente legitimado para impugnar, autonomamente, determinado ato indivisível e nem todos figurarem como partes legítimas no processo; nesse contexto, haveria “*substituição da atividade dos ausentes pelos presentes*” (grifo no original).

⁵⁹ Ainda que o artigo 6º do Código de Processo Civil revogado (1973) estipulasse “salvo quando autorizado por lei”, José Manuel Arruda Alvim (1975, p. 426) já defendia que o termo “lei” deveria ser interpretado como “sistema”, pois, ao contrário do que dispõe o artigo 81 do Código de Processo italiano, o Direito brasileiro não demanda que a hipótese de substituição processual esteja explícita no texto legal, concluindo que, já na vigência do Código revogado, “A palavra lei, no art. 6º, deve ser entendida como sistema, no que se compreende decreto, lei complementar, etc.”.

ARRUDA ALVIM, 1975, p. 426; NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 318). A redação atual do Código de Processo reforça essa concepção ao estabelecer: “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”; desse modo, o direito processual brasileiro é expresso ao admitir que a legitimação extraordinária e, por conseguinte, também as hipóteses de substituição processual sejam determinadas por disposições normativas (Constituição, lei, decreto etc), não apenas pela lei em sentido estrito.

Desse modo, a substituição processual caracteriza-se por ser uma espécie de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou concorrente, demandando a ausência do legitimado ordinária na posição de parte principal na relação jurídica processual⁶⁰. Caracterizada como espécie do gênero legitimação extraordinária, a substituição processual decorre do ordenamento jurídico, ou seja, seus elementos caracterizadores precisam ser depreendidos da norma jurídica. Todos esses elementos específicos são essenciais para demarcar o que é próprio da substituição processual e evidenciam que conceituá-la como “defesa de direito alheio em nome próprio” é insuficiente para a sua identificação, visto que toda legitimação extraordinária o é⁶¹.

No tocante à relação jurídica substancial entre substituto e substituído, trata-se de fator que comumente justifica a atribuição de legitimação extraordinária ao primeiro para defesa do direito do segundo⁶². No entanto, é preciso ter em mente que nem sempre há uma relação jurídica substancial entre substituto e substituído, tendo a legitimação extraordinária por substituição processual índole meramente

⁶⁰ Nas palavras de Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (1971, p. 132), “Essa legitimação do substituto é *originária* ou *primária* [...] [pois] a atuação do substituto independe da vontade do substituído, isto é, do titular da relação jurídica material, muito ao contrário do que acontece na representação [...]. E tanto mais se configura ser ela primária, quando se recorda que pode surgir, não só independentemente da vontade do substituído, mas até, *contra* sua vontade ou contra seus interesses.”.

⁶¹ Verifica-se corriqueiramente que substituição processual é definida apenas como defesa de direito alheio em nome próprio. No entanto, isso não é suficiente para diferenciá-la do gênero legitimação extraordinária, levando à confusão dos institutos. São as características específicas da legitimação extraordinária por substituição processual que a identificam como espécie e diferem da legitimação extraordinária como gênero.

⁶² Ephraim Campos Jr. (1985, p. 65) afirma que, “do ponto de vista lógico, é perfeitamente possível ao legislador vir a criar uma hipótese em que o substituto processual não tenha efetivamente interesse, em face da realidade empírica, caso em que seria apenas legalmente interessado”, mas, em seguida, afirma que os casos analisados “mostra que um interesse do substituto sempre está presente”. Por fim, Campos Jr. (1985, p. 65, grifo no original) conclui que “podemos afirmar que, em todos os casos de substituição processual, um interesse do substituto está presente, *embora não seja condição para a configuração do instituto em tela*”.

processual⁶³ (SEVERO NETO, 2002, p. 86), sendo conferida por regra de conveniência reconhecida pela ordem jurídica (ASSIS, 2003, p. 4). Dessa forma, o substituto processual não possui necessariamente interesse próprio; o interesse que move o substituto é de índole processual, consistindo na busca pela solução do conflito (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 236). Consoante Manoel Severo Neto (2002, p. 88), é possível que o substituto processual atue também movido por um interesse próprio, contudo isso nem sempre ocorre, razão pela qual há hipóteses que a sua inércia não é capaz de lhe trazer nenhum prejuízo⁶⁴.

Segundo Waldemar Mariz Oliveira Jr. (1971, p. 32-33), reconhecer um interesse próprio do substituto processual restringiria em demasiado as suas hipóteses de incidência, excluindo, inclusive, a atuação do Ministério Público como substituto processual, o que não parece adequado. Inobstante ser possível que haja um interesse próprio do substituto, o conceito de substituição processual deve ser interpretado como de índole estritamente processual, visando apenas a autorizar o substituto a adotar a posição jurídica de parte principal na relação processual, assim como as consequências dela decorrentes (OLIVEIRA JR., 1971, p. 134). Portanto, a configuração da substituição processual independente de uma relação jurídica substancial do substituto com o substituído, assim como não se pauta em um interesse próprio do substituto, que é movido por um interesse processual, qual seja solucionar o conflito de direito alheio.

Em conclusão, verifica-se que há uma preocupação na vinculação entre substituto e substituído, no entanto, conforme realça Ephraim Campos Jr. (1985, p. 65), em que pese seja comum que o substituto tenha alguma relação substancial com o substituído, a presença de qualquer interesse próprio no objeto deduzido em juízo não é requisito essencial para a caracterização da substituição processual. No

⁶³ Mister destacar que, aqui, estamos falando de legitimação, não de legitimidade. A legitimação como ato de legitimar decorre da norma jurídica geral e abstrata e pode ter natureza estritamente processual, ou seja, não ter vínculo com o direito material, com o titular do direito. Por outro lado, a legitimidade, como visto anteriormente, possui necessariamente conexão com o direito material, portanto, ainda que não esteja vinculada à titularidade do direito, estará ligada à busca por um melhor desempenho na condução do processo que visa a tutela adequada, tempestiva e efetiva do direito.

⁶⁴ Segundo Manoel Severo Neto (2002, p. 88), “[...] porque em determinados casos a inatividade do substituto, o sindicato, por exemplo, não lhe traz nenhum prejuízo. Ao contrário, da falta de atuação do sindicato, prejuízo terão os empregados-substituídos, mesmo porque entre eles inexistente uma relação de direito material.”

tópico seguinte, analisaremos a legitimação para agir no processo coletivo brasileiro tendo como base os conceitos e premissas firmados até então.

2.2 LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

2.2.1 Natureza jurídica da legitimidade ativa no processo coletivo brasileiro

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 225), a legitimação ativa no processo coletivo é tema amplamente debatido pela doutrina brasileira, tendo sido consolidadas três correntes acerca da sua natureza jurídica: a) legitimação ordinária; b) legitimação extraordinária; e c) legitimação autônoma para condução do processo. A doutrina e os tribunais brasileiros inclinam-se para a adoção da legitimação ativa coletiva como espécie de legitimação extraordinária por compreenderem que consiste em hipótese de defesa de direito alheio em nome próprio.

Segundo elucida Hermes Zaneti Jr. (2010, p. 102), é comum a compreensão em ordenamentos jurídicos estrangeiros, sobretudo da Europa, de que as formações sociais possuem interesse e poder de coercibilidade (relacionado à vontade/autonomia) para provocarem o Poder Judiciário e defenderem suas finalidades institucionais, atuando em legitimação ordinária (defesa de direito próprio em nome próprio). Historicamente, a tese se sustentava no Direito brasileiro como artifício para ampliar a legitimação ativa coletiva e promover a proteção de direitos coletivos *lato sensu*, tendo em vista que, até 1985, ano da promulgação da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347), a legislação nacional não previa regra de legitimação que assegurasse amplo acesso à tutela jurisdicional coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 227; RODRIGUES, 2021, p. 203).

Acontece que compreender a legitimação ativa coletiva como de natureza ordinária consistia em uma espécie de “ginástica interpretativa”, diante da nítida dificuldade na identificação do titular do direito coletivo (RODRIGUES, 2021, p. 203). Conforme discorrido em tópico anterior, a legitimação ordinária pressupõe que a parte legítima é o titular do direito, portanto essa identificação far-se-ia necessária para reconhecer

que a legitimação coletiva detém essa natureza. Inobstante isso, o contexto legislativo e a necessidade de tutela dos “novos direitos” impunham, naquele momento, essa compreensão a fim de viabilizar o desenvolvimento da tutela coletiva (RODRIGUES, 2021, p. 203). Diante disso e do cenário contemporâneo nacional, marcado por uma legislação que incorpora um rol de legitimados (cuja extensão tem se ampliado com o passar do tempo) para defesa de direitos coletivos, abandonou-se (no Direito brasileiro) a tese de uma legitimação coletiva ordinária, ganhando destaque as teses de legitimação autônoma para condução do processo e legitimação extraordinária (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 227).

A despeito de uma tendência dos tribunais na adoção da tese da legitimação extraordinária por substituição processual, a tese da legitimação autônoma para condução do processo merece destaque diante da, ainda comum, aderência por diversos doutrinadores no estudo do processo coletivo, entre eles: Nery Jr. e Nery (2018, p. 319), Gidi (1995, p. 41-42), Rodrigues (2021, p. 203), Venturi (2007, p. 177), Almeida (2003, p. 499-500) e Freire Jr. (2005, p. 67).

Consoante Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 201-202), do mesmo modo que a legitimidade é um pressuposto relacional, pois depende da análise no caso da situação jurídica legitimante, também a apreciação da sua natureza, em ordinária ou extraordinária, é dada a partir dos elementos da demanda proposta, observando-se se a parte legítima coincide com o titular do direito discutido. Nesse passo, a legitimação coletiva não se enquadraria na dicotomia legitimidade ordinária-extraordinária, porquanto: o legitimado coletivo claramente não é o titular do direito coletivo⁶⁵, por conseguinte não é legitimado ordinário; nem tampouco é possível afirmar que ele age para tutelar direito alheio, frente à dificuldade (e, por vezes, impossibilidade) de identificação do titular do direito coletivo, o que impede a visualização de em prol de quem o legitimado atua (NERY JR.; NERY, 2018, p. 319; RODRIGUES, 2021, p. 203-204). Em outras palavras, parte-se da premissa que a legitimação extraordinária exige a individualização do titular do direito, porque,

⁶⁵ Acrescenta ainda Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 204): “Não seria ordinária a legitimidade porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação [legitimado coletivo], ainda que se dissesse que o ente com a legitimidade tivesse por finalidade institucional a defesa desses direitos. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito”.

apenas assim, é possível concluir que o legitimado extraordinário é diferente do titular do direito e, nesse sentido, aquele atua na defesa de direito alheio⁶⁶.

Desse modo, sugere-se o abandono, na compreensão da legitimação coletiva, da dicotomia clássica da legitimidade em ordinária-extraordinária, em razão da impossibilidade prática de individualizar o titular do direito (GIDI, 1995, p. 42) e concebe-se uma terceira categoria, denominada de legitimação autônoma para condução do processo, na qual o eixo de apreciação da legitimidade “deixa de ser a titularidade do direito material e passa a recair sobre o (melhor) desempenho da atuação processual para proteger e tutelar esses direitos” (RODRIGUES, 2021, p. 203). Conforme Antonio Gidi (1995, p. 41-42), o termo “autônoma” da expressão “legitimação autônoma para condução do processo” pretende descolar a legitimidade da titularidade do direito, já que a legitimidade coletiva não se baseia nela, mas “na possibilidade de o autor coletivo se tornar o adequado portador dos interesses da sociedade”.

Nesse diapasão, a legitimação autônoma para condução do processo possui natureza estritamente processual⁶⁷, pois não exige diálogo com a pretensão deduzida em juízo para que seja caracterizada (como ocorre no caso das legitimações ordinária-extraordinária); a sua identificação advém estritamente de uma disposição processual normativa (NERY JR; NERY, 2018, p. 319). Ademais, a

⁶⁶ Nesse sentido Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 204) destaca que a legitimação coletiva “não é extraordinária, ao menos nos moldes clássicos, porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária. Só se pode dizer que algo é extraordinário se se reconhece aquilo que é ordinário. Este é o parâmetro para se dizer que o outro é extraordinário. No caso da legitimidade da lei de ação civil pública, nem uma coisa e nem outra.”

⁶⁷ Conforme elucida Nery Jr. e Nery (2018, p. 319), “Por essa legitimação autônoma para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade para conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger direito difuso ou coletivo.”. Importante registrar que, para os autores (2018, p. 319), há legitimação autônoma para condução do processo apenas quanto aos direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito; a legitimação para defesa de direitos individuais homogêneos possui natureza de legitimação extraordinária por substituição processual. Nesse mesmo sentido entende Eduardo Cândia (2013, p. 90). De outro lado, Antonio Gidi (1995, p. 43), apesar de aderir à tese da legitimação autônoma para condução do processo, repudia a distinção entre a legitimação para propor ação coletiva na defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito e aquela de direitos individuais homogêneos. Segundo Gidi (1995, p. 43), não há “qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos supraindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos. Em ambos os casos há um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, [...]) e um outro legitimado (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82). A divergência deriva do fato de que aqueles que consideram a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos como exemplo de legitimidade extraordinária não veem como titular desse direito o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, mas cada uma das vítimas como titular do seu direito individual”.

qualificação do legitimado é dada por lei (em sentido lato) com o propósito de assegurar o melhor exercício do princípio do devido processo na condução do processo. Desse modo, a legitimação ativa coletiva possui natureza de legitimação autônoma para condução do processo, uma vez que são legitimados entes tidos pela lei como adequados e capazes (técnica, econômica etc) a conferir a melhor condução do processo na proteção dos direitos coletivos (RODRIGUES, 2021, p. 203).

Vale, contudo, registrar que a formulação dessa terceira categoria de legitimação para a causa parece se voltar, muito mais, a atender à finalidade de desprender a compreensão de processo, especificamente do processo coletivo, da lógica individualista clássica, em que há uma ênfase na identificação do titular do direito, do que propriamente conferir efeitos práticos distintos aos decorrentes de um enquadramento da legitimação coletiva como extraordinária. Nesse sentido, parece sugerir Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 204) quando afirma que compreender a legitimação ativa coletiva como espécie de legitimação extraordinária consiste em “problema apenas de rotulagem”, de forma a sugerir que o enquadramento inadequado não enseja grandes consequências à tutela do direito.

Por seu turno, Nery Jr. e Nery (2018, p. 319-320) assinalam que uma das principais razões para conceber a legitimação autônoma para a condução do processo, distinguindo-a da extraordinária, está na necessidade de demarcar a adoção de regimes distintos de coisa julgada. Desse modo, a coisa julgada no processo coletivo receberia um tratamento diferente daquele posto para a legitimação extraordinária por substituição processual no processo individual.

Não há dúvida que os regimes de coisa julgada nos processos individual e coletivo são diferentes. Contudo, apesar de a legitimidade se relacionar ao regime de coisa julgada, essa relação não implica em uma imbricação intransponível entre eles, ou seja, é plenamente possível que a uma mesma espécie de legitimação seja atribuído mais de um regime de coisa julgada conforme o caso. Isso é possível pois a coisa julgada consiste em instituto de índole jurídico-política, de modo que cabe ao legislador definir seus contornos, que são influenciados por diversos fatores (jurídicos, políticos, sociais etc) (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 103). Nesse

sentido, o que sugerem Nery Jr. e Nery (2018) é que, apenas reconhecendo uma espécie diversa de legitimação ao processo coletivo (qual seja, a legitimação autônoma para condução do processo), seria possível dissociá-lo do regime da coisa julgada próprio do processo individual, o que não procede, mas reforça que a criação de uma terceira categoria não traz efeitos juridicamente relevantes para o processo, cingindo-se a discussão em questões de índole estritamente teóricas, que são resolvidas pela interpretação coerente e atualizada dos institutos e suas classificações.

Ainda vale destacar que toda legitimação para agir é um poder para conduzir o processo, portanto a expressão “legitimação autônoma para condução do processo” é redundante, em nada qualificando essa terceira categoria. Do mesmo modo, referir-se a ela como “autônoma” em nada a diferencia da legitimação extraordinária, visto que essa característica também pode ser atribuída à última, indicando que o legitimado está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito (eventual legitimado ordinário) (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2021, p. 228; BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 43).

Por fim, segundo Acelino Rodrigues Carvalho (2006, p. 245), os conceitos de legitimação ordinária-extraordinária não devem ser concebidos apenas a partir da pertinência subjetiva para a ação; essa tendência nada mais é que o reflexo do paradigma individualista de processo, representado pelo artigo 6º do Código revogado e cuja regra era a atribuição da legitimação para agir ao titular do direito. Nesse passo, tradicionalmente, o termo “ordinário” remete à regra de legitimação para agir e “extraordinário” à exceção, ambos analisados no contexto de um processo individual. Acontece que o Estado Democrático Constitucional atual oferece proteção a direitos individuais e direitos coletivos, por conseguinte também são reconhecidos instrumentos processuais para a tutela de ambos, observadas as peculiaridades de cada um. Entre essas peculiaridades, encontra-se a legitimação para agir que, no processo coletivo, não observa a regra da legitimação do processo individual. Tendo isso em vista, Carvalho (2006, p. 252) entende que não caberia falar que a legitimação no processo coletivo é extraordinária tendo como base a regra posta para o processo individual; é necessário reconhecer que “no que concerne à tutela dos direitos transindividuais, não se tem dúvida em afirmar que a

legitimação ativa para as ações coletivas é ordinária, porquanto, em regra, inexistente coincidência entre o titular do direito material e o titular do direito de ação”.

Apesar de não aderirmos à crítica de Acélio Rodrigues Carvalho (2006), ela evidencia que a dificuldade de enquadramento da legitimação ativa coletiva em ordinária ou extraordinária, apenas por essa classificação ser própria de um paradigma individual, não deve preponderar ao ponto de ser considerada inadequada ou insuficiente para compreender a legitimação coletiva. A evolução do Direito constantemente exige a alteração de paradigmas e a ampliação de conceitos a fim de abranger as novas formações jurídicas; no caso, o que se precisa reconhecer é que a classificação em ordinário e extraordinário é suficiente e, como defendido em tópico anterior, o segundo apenas remete a um conceito residual, ou seja, aquela legitimação que não é ordinária, portanto, que não se encaixa na regra posta para aferição da legitimação *ad causam* no processo individual. Em suma, reconhecer que o processo individual não é único modelo de processo e que nem tampouco ele dita mais o que é regra não significa abandonar classificações tradicionais e que ainda diferenciam os institutos a contento.

Desse modo, a legitimação ativa coletiva não é ordinária, pois não há correspondência entre o titular do direito (grupo) e a parte legítima para conduzir o processo coletivo. De outro lado, também não se mostra necessária a criação de uma nova categoria de legitimação *ad causam* apenas em razão de o processo coletivo possuir peculiaridades em relação ao processo individual. Apesar de forjada sob o paradigma do processo individual, isso não impede que o conceito de legitimação extraordinária seja desvinculado de uma individualização do titular do direito para se relacionar a um conceito residual ao de legitimação ordinária. Portanto, conforme defendido anteriormente, é legitimação extraordinária toda aquela que não é dada em nome próprio para defesa de direito próprio. Diante disso, conclui-se que a legitimação ativa coletiva possui natureza de legitimação extraordinária, mais especificamente por substituição processual, o que ficará evidente a partir da análise das suas características no próximo subtópico.

2.2.2 A regra da legitimação extraordinária por substituição processual: características da legitimação coletiva no processo brasileiro

O processo coletivo brasileiro estabelece como regra a legitimação extraordinária, mais especificamente por substituição processual. A legitimação é extraordinária, pois não há coincidência entre titular do direito (grupo) e o legitimado para conduzir o processo coletivo, tratando-se de hipótese de defesa de direito alheio em nome próprio cuja autorização deflui do ordenamento jurídico (ZANETI JR., 2010, p. 105). Contudo, conforme visto anteriormente, não basta que a legitimação se dê em nome próprio para defesa de direito alheio para que se configure substituição processual, sendo necessária a presença de outras características essenciais: autorização do ordenamento jurídico; e legitimação autônoma e exclusiva ou concorrente, desde que o legitimado ordinário não figure como parte principal no processo (CARVALHO, 2006, p. 142; MATTIOLI, 1994, p. 106; CAMPOS JR., 1985, p. 21; BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 9).

No caso do processo coletivo brasileiro, a legitimação para agir decorre do ordenamento jurídico, advindo os autorizativos da Constituição Federal, da Lei de Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Ação Popular, entre outras leis esparsas que integram o microssistema de processo coletivo. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 232) a legitimação coletiva caracteriza-se ainda por ser plúrima e mista, pois o ordenamento jurídico a atribui a mais de um ente, podendo advir da sociedade civil ou do Estado.

Outrossim, a legitimação coletiva é autônoma, pois não demanda a participação do titular do direito (grupo) para que o legitimado conduza o processo coletivo, bastando a presença do legitimado extraordinário para que haja regular instauração do contraditório (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 233; BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 43). No tocante ao processo coletivo brasileiro, não há dificuldade quanto ao ingresso do legitimado ordinário como parte principal por duas razões: a legitimação coletiva é exclusiva, ou seja, apenas o legitimado extraordinário pode figurar como parte principal na ação coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 233); e existe uma impossibilidade prática para intervenção de todo o grupo

(legitimado ordinário)⁶⁸. Por outro lado, entre os entes elencados no rol de legitimados para o processo coletivo, há concorrência, tendo todos legitimação para propor a ação coletiva, independentemente da atuação conjunta. Portanto, também é a legitimação coletiva caracterizada por ser disjuntiva⁶⁹, porque não há necessidade de anuência dos demais colegitimados para propor a demanda coletiva (DIDIER JR., 2021, p. 233; RODRIGUES, 2021, p. 206).

A partir dessas características atinentes à legitimação ativa coletiva, é possível enquadrá-la como hipótese de legitimação extraordinária por substituição processual. Nesse contexto, vale realçar que, a despeito da ainda presente divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva conforme se verificou do tópico anterior, não há discordâncias relevantes quanto à identificação das suas características, em razão de a identificação destas estar mais afeta a uma análise dogmática do comportamento da legitimação no ordenamento jurídico brasileiro que a conceitos teoricamente construídos e que possuem a intenção de serem universais. Por fim, vale registrar que esse consenso que existe acerca das características da legitimação no processo coletivo apenas advoga para a compreensão de que ela possui natureza de legitimação extraordinária por substituição processual.

⁶⁸ Tendo em vista que o titular do direito coletivo (grupo) não possui legitimidade para propor ação coletiva e a impossibilidade prática da intervenção do grupo (substituído) na ação coletiva que o parágrafo único do artigo 18 do Código de Processo Civil é incompatível ao processo coletivo. Via de exceção, podemos mencionar a hipótese de legitimidade ordinária atribuída às comunidades indígenas para propor a ação coletiva em defesa de seus direitos (artigo 37 da Lei nº 6.001/73).

⁶⁹ Quanto à terminologia, Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 205, grifos no original) afirma que “O fato de a legitimidade ter sido outorgada a todos os entes arrolados no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC fez com que a doutrina autorizadíssima dissesse que se estaria diante de uma legitimidade concorrente e disjuntiva. Preferimos outra terminologia para designar o mesmo significado, por entendermos ser mais correta denominá-la legitimidade do tipo exclusiva (não complexa), já que, seguindo a esteira do insuperável monografista do tema, Donaldo Armelin, temos que a legitimidade exclusiva *‘resulta de uma atribuição do sistema autorizadora da prática do ato, independentemente da participação de qualquer outro agente’*. Continua o autor, “Já a legitimidade complexa, em contraposição à exclusiva, significa que, *‘para a sua corporificação, necessita-se do concurso de mais de um colegitimado’*”. Desse modo, apesar de Rodrigues (2021) optar por uma nomenclatura diferente da adotada neste trabalho, a compreensão das características da legitimação ativa coletiva é a mesma da que apresentamos.

2.2.3 Legitimação extraordinária por representação processual: artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal e os Temas 82 e 499 do Supremo Tribunal Federal

Tendo em vista que “legitimação” e “representação” são termos centrais para este trabalho, sobretudo no momento de abordar o tema do controle jurisdicional da legitimidade e da representação, neste tópico, trataremos especificamente sobre a legitimação atribuída às associações civis pelo artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos Temas 82 (RE 573.232) e 499 (RE 612.043). O objetivo é demarcar que existe mais de uma compreensão dada ao termo “representação”, para fins de destacar que há outros fenômenos que podem levar a mesma nomenclatura, mas que, com elas, não se confundem.

Retrospectivamente, existiam duas correntes acerca da legitimação das associações no processo coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 263):

- a) as associações somente podem atuar mediante representação dos associados e com a sua expressa autorização; b) as associações podem atuar por duas vias: b.1) por representação, quando é exigível a autorização; ou b.2) por substituição processual, quando a autorização não se revela necessária.

Na análise dos Temas 82⁷⁰ e 499⁷¹, o Supremo Tribunal Federal apontou no sentido de que a legitimação prevista no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, não exclui a legitimação extraordinária por substituição processual das associações civis, disposta no artigo 5º, inciso V, da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 81, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, para propor ação coletiva. Portanto, o

⁷⁰ I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.

⁷¹ A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Supremo sinalizou no sentido de que as associações civis cumulam as duas vias de atuação processual em prol da defesa dos direitos de grupo.

Ambos os casos versavam sobre ações que se baseavam no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que dispõe que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”, não se estendendo a análise à legitimação extraordinária por substituição processual das associações civis (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 264-265).

Desse modo, assentou-se que, nas ações coletivas por rito ordinário⁷², entendidas como aquelas que se baseiam no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, o ajuizamento da demanda coletiva exige autorização expressa de cada beneficiário ou a autorização assemblear. De outro lado, a autorização em cláusula genérica do estatuto da associação civil não é suficiente para conferir legitimidade à associação para o manejo do processo. Dessa forma, a decisão proferida em sede de ação coletiva por rito ordinário apenas produz efeitos sobre aqueles que autorizaram expressamente a atuação da associação, devendo a lista de beneficiários acompanhar a petição inicial. Nesse contexto, os associados que não autorizaram expressamente o ajuizamento da demanda, ou exerceram o direito de se excluir caso a autorização tenha sido dada por meio de assembleia geral, não podem ser beneficiados pelo resultado do processo.

Os Temas tratados pelo Supremo Tribunal Federal não versaram especificamente sobre a ação coletiva por substituição processual, mas o seu teor deixou claro que ela não se confunde com a ação coletiva por rito ordinário do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Isso fica evidente em razão de o Supremo ter firmado o entendimento que o dispositivo constitucional em comento versa sobre hipótese de representação processual, além de depender de autorização expressa dos beneficiários, por conseguinte não se configura como substituição processual. Portanto, tratar-se-ia de técnica distinta daquela prevista para as ações coletivas

⁷² Expressão cunhada, pelo Suprema Tribunal Federal, no momento do julgamento do RE 612.043/PR (Tema 499), para se referir às ações fundadas no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

opt-out (ou seja, para a ação coletiva por substituição processual), como a ação civil pública (DIDIER JR., ZANETI JR., 2021, p. 264).

Nesse diapasão, o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal consagra hipótese de legitimação às associações distinta da legitimação extraordinária por substituição processual das ações coletivas *opt-out*. Isto porque, como visto no tópico anterior, a substituição processual caracteriza-se por ser autônoma, de forma que dispensa qualquer ato de vontade por parte do legitimado ordinário (CAMPOS JR., 1985, p. 20; BARBOSA MOREIRA, 1969, p. 9); em contrapartida, a legitimação prevista no dispositivo constitucional exige autorização (“*quando expressamente autorizadas*”) por parte dos associados (legitimados ordinários⁷³) que serão beneficiados pela ação coletiva por rito ordinário movida pela associação. O requisito da autorização é incompatível com o fenômeno da substituição processual, razão pela qual não cabe enquadrar o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal como hipótese de substituição processual (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 265).

No teor de ambos os acórdãos, o Supremo Tribunal Federal sustenta ainda que o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal consiste em hipótese de representação processual. Denominar a legitimação desse dispositivo como representação processual parece adequado no sentido de fincar a compreensão de que não se trata de hipótese de substituição processual, bem como estabelecer que há vinculação entre a atuação do representante e a vontade do representado decorrente da necessidade de autorização do segundo para que o primeiro atue. Não há dúvida que a associação atua na defesa de direito alheio, já que é evidente que o titular do direito é o associado que autoriza o manejo da ação. Contudo, ao contrário do que é sustentado pelo Supremo ao longo de ambos os acórdãos, é preciso sedimentar, aqui, que a representação processual do artigo 5º, inciso XXI não se confunde com a representação processual, legal ou voluntária, que estabelece a defesa de direito alheio em nome alheio.

⁷³ É importante ter em mente que o associado que autoriza a associação a mover ação coletiva ordinária em sua defesa é titular de um direito individual equivalente àquele dos demais associados, de modo que é possível que o próprio associado ajuíze ação individual para sua tutela. Contudo, opta-se pela via coletiva do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. De fato, trata-se de mais um instrumento de processo coletivo que visa otimizar a tutela dos direitos.

A representação processual consiste em hipótese de defesa de direito alheio em nome alheio, de forma que, ao atuar em nome alheio, o representante não é parte do processo (CAMPOS JR., 1985, p. 38; DINARMARCO, 2019, p. 138-139; DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021, p. 394). Tendo em vista que a legitimidade *ad causam* deve ser analisada em momento posterior à assunção da posição de parte, portanto é qualidade atribuída à parte (em sentido processual) com base no objeto litigioso (DINAMARCO, 2021, p. 22) e que o representante não é parte do processo, a legitimidade para agir não é aferida em relação a ele, mas em relação à parte que representa (representado). O representante apenas funciona como meio de suprir eventual incapacidade do representado (representação legal) ou atua em nome do representado por mandato (representação voluntária). Ademais, os atos praticados pelo representante são sempre considerados como se praticados pelo representado fossem. Em suma, a posição jurídica que importa na aferição da legitimidade para agir é a do representado, evidenciando que a figura da representação processual (defesa de direito alheio em nome alheio) não constitui espécie de legitimação para agir.

Tendo apenas isso em mente já é possível perceber que o artigo 5º, inciso XXI não versa sobre defesa de direito alheio em nome alheio, pois o dispositivo é expresso ao estabelecer que disciplina hipótese de legitimação das associações e a representação processual (defesa de direito alheio em nome alheio) não é sequer espécie de legitimação.

Nesse cenário, tratando-se o disposto no artigo 5º, inciso XXI de hipótese de legitimação das associações, a sua atuação apenas pode ocorrer em *nome próprio*⁷⁴. Afirmar que a associação atua em nome próprio significa que é ela a parte no processo, por conseguinte é quem assume situações jurídicas, ativas e passivas, decorrentes do processo (DINAMARCO, 2021, p. 20), assim como é sobre quem é aferida a legitimidade para agir. Em outras palavras, não seria possível falar em legitimação extraordinária se a associação não atuasse em nome próprio, pois

⁷⁴ Consoante Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (1971, p. 134), a expressão “agir em nome próprio” “deve ser entendida em um plano estritamente processual, o que nos leva a dizer que [...] significa, pura e simplesmente, que alguém ou vai ser, na relação jurídico-formal, um de seus sujeitos, ativo ou passivo, suportando, como parte, todas as consequências dela decorrentes”.

aquela apenas pode ser avaliada em face de quem é parte no processo⁷⁵. Dessa forma, a hipótese do dispositivo constitucional em comento não se confunde com a representação processual entendida como defesa de direito alheio em nome alheio.

O que se vislumbra é que o Supremo Tribunal Federal, no intuito de diferenciar a hipótese de legitimação do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal da legitimação extraordinária por substituição processual, buscou guarida no conceito de representação processual, tendo como base a sua semelhança com o disposto na norma constitucional, qual seja: a referência de vinculação do representante à vontade do representado, estabelecida no caso mediante a necessidade de autorização expressa para mover a ação. Ao se ater às semelhanças, falhou na análise da sua natureza jurídica, o que é compreensível em razão de a representação processual ser comumente abordada em contraposição à legitimação extraordinária por substituição processual. No entanto, a representação processual, entendida como defesa de direito alheio em nome alheio não é, conforme discorrido acima, espécie de legitimação para agir.

Inobstante isso, considera-se adequado adotar a nomenclatura *legitimação extraordinária por representação processual* para se referir à hipótese do artigo 5º, inciso XXI, a fim de sedimentar que o dispositivo não trata de hipótese de legitimação extraordinária por substituição processual, encerrando as polêmicas que circundam esse posicionamento⁷⁶, e dar ênfase à necessidade de autorização expressa dos associados que serão beneficiados pelo resultado da demanda.

Em síntese, o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal consiste em hipótese de legitimação extraordinária por representação processual, pois preenchem-se os requisitos conceituais: 1) há autorização do ordenamento jurídico para a atuação da

⁷⁵ Conforme Donaldo Armelin (1979, p. 11-12), a legitimidade para agir é aferida com base no objeto deduzido em juízo, portanto apenas aqueles que figuram como parte no processo que podem ser legítimos ou não. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2019, p. 357), “Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo [entendida como ser parte em um processo], como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa*”.

⁷⁶ É de suma importância para a tutela coletiva que o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal não seja considerado hipótese de legitimação extraordinária por substituição processual, a fim de diferenciá-la, marcadamente, da ação coletiva opt out (por substituição processual), firmando que as associações possam atuar pelas duas vias processuais.

associação na defesa do direito de seus associados; 2) a associação atua em nome próprio, pois é parte no processo e assume situações jurídicas, ativas e passivas, no processo; 3) a atuação da associação se dá na defesa de direito alheio (dos associados); e 4) necessária autorização expressa por parte dos associados que pretendem ser beneficiados pelo resultado do processo, ou seja, o grupo se forma por expresse consentimento (grupo *opt-in*).

Por fim, vale registrar que a formatação constitucional defendida neste trabalho ainda serve de justificativa para a terminologia adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao denominar a ação disposta no artigo 5º, inciso XXI de “ação coletiva por rito ordinário”, visto que ela não observa o procedimento comum do microsistema de processo coletivo, sendo regida pelas regras do procedimento comum do Código de Processo Civil. A expressão ainda reforça que se trata de hipótese de ação coletiva, pois não há formação de litisconsórcio multitudinário entre os associados representados, já que é a associação que figura como parte no processo em prol da tutela do direito do grupo (de associados), além de moldar um regime constitucional diferenciado de coisa julgada coletiva, no qual os associados que autorizaram expressamente a associação a mover a demanda são atingidos pelo resultado do processo (grupo *opt-in*), ainda que sem integrar o contraditório (por não serem parte no processo).

Em conclusão, é importante realçar que a hipótese da legitimação extraordinária por representação processual disposta no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal apenas constitui mais uma das múltiplas formas de atuação da associação, que também pode atuar como legitimada extraordinária por substituição processual (dispensada autorização) nos moldes dispostos no artigo 5º, inciso V, da Lei da Ação Civil Pública e artigo 81, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMIDADE ADEQUADA E DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO

3.1 LEGITIMIDADE ADEQUADA E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: VETORES NECESSÁRIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO COLETIVO

3.1.1 Legitimidade adequada e representação adequada: uma cisão conceitual necessária no processo coletivo brasileiro

A princípio, vale esclarecer que o presente subtópico visa à sistematização do tema do controle jurisdicional da legitimidade adequada, a fim de contribuir para o aprimoramento dos instrumentos processuais e promover a qualificação do debate no processo coletivo, em especial daqueles caracterizados pela alta complexidade e conflituosidade, denominados por Edilson Vitorelli (2019, p. 88) de litígios coletivos de difusão irradiada, sem, contudo, ignorar os avanços já verificados a partir dos debates realizados pela doutrina e pelos tribunais brasileiros.

A expressão representatividade adequada foi calcada em referência ao requisito da *adequacy of representation* das *class actions* norte-americanas, o qual consiste no controle da condução do processo perpetrada por aquele que propõe a *class action*, a fim de verificar a existência de um alinhamento entre os interesses expostos pelo representante e aqueles do grupo em potencial, visando a assegurar a proteção suficiente do último (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2021, p. 242). Apesar de bastante difundida, principalmente, nos tribunais, a expressão representatividade adequada foi alvo de críticas por ensejar confusões acerca de seu conteúdo (GIDI, 2021, p. 51; GIDI, 2008, p. 112). O termo “representatividade” se reporta à “qualidade de uma pessoa, partido ou organização para exprimir politicamente os interesses de um grupo. Está-se no campo da legitimidade política” (GIDI, 2008, p. 112; 2021, p. 51). Nesse passo, Antonio Gidi (2008, p. 112; 2021, p. 51) sugere a adoção da expressão “representação adequada” ou “atuação adequada”, as quais considera se conectarem com o modo que o processo é conduzido pelo legitimado.

No que tange à adoção da tradução “representação adequada”⁷⁷, Antonio Gidi (2008, p. 114) confessa que também apresenta problemas, “pois é dotada de uma carga normativa e doutrinária tradicional inaplicável ao processo civil coletivo”. Isto porque, de acordo com Gidi (2007, p. 101), ao contrário das *class actions* norte-americanas⁷⁸, o processo coletivo brasileiro não é entendido como representativo, pois é conduzido por legitimado extraordinário por substituição processual, que, em regra, não pertence ao grupo tutelado. Portanto, o controle é da sua atuação na defesa dos direitos, não da sua capacidade de representar processualmente os interesses do grupo, já que seu papel decorre do próprio ordenamento jurídico, não da sua relação com o grupo substituído.

Conforme elucidam Bruno Gomes B. da Fonseca, Hermes Zaneti Jr. e Rafaella Schimidt, (2021, p. 1.042), o Brasil e os países de *Civil Law* distinguem a legitimação extraordinária por substituição processual e a representação processual. Há uma diferença conceitual-base acerca do emprego do termo “representação” cujo conceito é mais restritivo que aquele adotado em países originalmente de *Common Law*⁷⁹. Segundo Emmanuel Jeuland (2019, p. 77), na representação processual, o titular do direito é patrocinado por outro ente ao mesmo tempo que permanece como parte no processo. Nas ações coletivas, aquele que provoca o Poder Judiciário não

⁷⁷ Susana Henriques da Costa (2010, p. 627), ao utilizar o termo “representante” para se referir ao legitimado coletivo ressalva que, “nesse contexto, não se está a falar do conceito jurídico de representação previsto pelo Código Civil, até mesmo porque o entendimento desta autora é no sentido de que a legitimidade para propositura de ação civil pública é extraordinária e configura autêntica hipótese de substituição processual. Trata-se aqui de conceito leigo da palavra representante”. Costa evidencia, aqui, a imprecisão do termo que não reflete o seu conteúdo técnico-jurídico.

⁷⁸ De acordo com Antonio Gidi (2007, p. 101), “A class action é uma ‘ação representativa’ (representative action). A sua fundamentação histórica e filosófica é que uma parcela do grupo vai lutar pelos interesses de todos os demais integrantes, como se todos estivessem presentes no processo”.

⁷⁹ Vale registrar que Emmanuel Jeuland (2019, p. 77) revela que o enquadramento das *class actions* como representativas reside na amplitude do que é entendido como “representação” em países de cultura originalmente de *Common Law*. Nesses países, “representação” engloba a concepção ampla de atuar em juízo em prol de outrem (em nome próprio ou não). Todavia, essa não é a concepção adotada nas *European Rules of Civil Procedure*, nem tampouco a mais difundida no Direito brasileiro que entende por representação processual a defesa de direito alheio em nome alheio. Nesse contexto, a legitimação coletiva nos Estados Unidos da América, do mesmo modo que ocorre no Brasil, também consistia em hipótese de legitimação extraordinária por substituição processual – tutela de direito alheio em nome próprio. Nesse mesmo sentido sugere Antonio Gidi (1995, p. 47) que “ambos os critérios de aferição da legitimidade já estão previamente explicitados nos respectivos textos legais. A única diferença reside no fato de a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, aberto portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento do juiz e pelo sistema vinculante de precedente, enquanto os requisitos exigidos pelo nosso direito positivo [no Brasil] são de caráter bem mais objetivo”.

se confunde com o grupo, que é o titular do direito e que não figura como parte da demanda; portanto, ao invés de se falar em “representante”, sugere-se, nesses casos, a adoção da expressão condutor do processo coletivo (*qualified claimant*) (JEULAND, 2019, p. 78).

No processo coletivo brasileiro, adota-se, em regra, a legitimação extraordinária por substituição processual, por conseguinte não há confusão entre autor da ação coletiva e o titular do direito (grupo), de forma que aquele que move a ação não é um “representante”, ao menos não no sentido técnico-jurídico, mas sim um *qualified claimant* (condutor do processo coletivo). Nesse diapasão, não cabe falar em controle da adequada representação ou representatividade adequada ou em quaisquer outros termos que remetam ao primeiro. Nesse sentido, o *adequacy of representation* norte-americana deve ser compreendido, no ordenamento jurídico brasileiro, como controle da legitimidade adequada, já que o controle é feito em concreto pelo Poder Judiciário⁸⁰ e busca aferir se o condutor do processo, não integrante do grupo, é apto a defender adequadamente o direito de grupo. Em síntese, aquilo que, tradicionalmente, nomeamos de representatividade adequada deve ser denominado *legitimidade adequada*, a fim de que fique mais claro o objeto do controle jurisdicional, qual seja: o controle da *legitimidade adequada*. A preocupação é com a atuação (em potencial e em concreto) do condutor do processo coletivo na defesa dos direitos à luz do objeto deduzido em juízo.

Ainda sob o guarda-chuva da expressão representatividade adequada⁸¹, verifica-se outro movimento que o relaciona à ampliação do diálogo com os grupos pela introdução no processo coletivo de outros mecanismos de participação que permitam a influência do grupo e de membros do grupo no resultado do processo (FONSECA; ZANETI JR.; SCHIMIDT, 2021, p. 1.043). Ultrapassa-se a preocupação com a atuação endoprocessual do legitimado coletivo (mas sem abandoná-la) para

⁸⁰ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 237) adotam a expressão “controle da legitimação adequada”, no entanto consideramos mais apropriado o uso do termo “legitimidade”, pois, conceitualmente, manifesta que se trata de uma análise concreta entre sujeito e objeto deduzido em juízo.

⁸¹ Conforme destacam Bruno Gomes B. da Fonseca, Hermes Zaneti Jr. e Rafaella Schimidt (2021, p. 1.044), a expressão “representatividade adequada” ressurge no artigo 138 do Código de Processo Civil como requisito da atuação do *amicus curiae*. Esse resgate da expressão no tratamento legal da figura do *amicus curiae* reforça a sua acepção que se volta à busca pela democratização do debate no bojo do processo.

se questionar também a necessidade de uma contribuição mais ativa dos próprios grupos, subgrupos e membros do grupo que possibilite a melhor identificação do grupo e a visualização dos seus interesses para fins de lhes conferir uma melhor tutela dos direitos.

Acontece que, à primeira vista, discutir participação dos grupos não parece compatível com o modelo de legitimação extraordinária por substituição processual adotado no processo coletivo brasileiro, pois, como desenvolvido em tópico pertinente, o substituto processual tem autonomia em relação ao substituído (no caso, o grupo) para selecionar as estratégias e formular a demanda nos moldes que considera mais apropriado à luz do conflito que se apresenta (OLIVEIRA, 1971, p. 132; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 233). Outrossim, a adoção da legitimação extraordinária, além de pautada na necessidade de tutela dos novos direitos, com a finalidade de superar a impossibilidade de uma defesa, direta e pessoal, dos direitos por todo o grupo, também é instrumento que assegura a proteção do interesse público intrínseco à tutela dos grupos.

Nada disso, contudo, impede ou pretere a participação do titular do direito – o grupo – ou de outros sujeitos interessados que possam contribuir para a resolução do conflito coletivo (VITORELLI, 2019, p. 263-264). Pelo contrário, a atuação adequada do legitimado coletivo deve passar pelo diálogo com os grupos afetados, ainda que fora do processo, pois a tutela coletiva deve ser pensada em prol do grupo, titular do direito coletivo⁸² (VITORELLI, 2019, p. 259). Portanto, ao lado da aplicação adequada do Direito posto, o alinhamento da estratégia processual adotada com os interesses do grupo é essencial para se alcançar a pacificação do conflito e a proteção das pessoas e dos direitos. Grosso modo, é preciso encontrar um caminho intermediário em que a atuação processual não esteja em desconexão com os interesses e as *necessidades* das pessoas e dos grupos.

Nesse cenário, busca-se debater a incorporação no processo coletivo de mecanismos de participação dos grupos, subgrupos e membros de grupos, entre

⁸² Edilson Vitorelli (2019, p. 263-264) é enfático no sentido de que nenhum esquema processual deve ser estritamente representativo, sem que seja dada a oportunidade de participação (ainda que extrajudicialmente) e/ou questionamento pelos representados sobre a condução do processo, a fim de que seja garantida a defesa adequada de seus interesses.

outros sujeitos interessados cujo objetivo central é atender ao direito de participar e influir no resultado do processo, construindo uma solução capaz de responder, da melhor maneira, às demandas e aos interesses do grupo tutelado, sem, contudo, prejudicar a duração razoável e a economia processual. Diferente do que denominamos de legitimidade adequada, essa acepção não se restringe à atuação do condutor do processo, pois o objetivo é ampliar as hipóteses de participação, trazendo o grupo a partir de outros mecanismos processuais para contribuir para a construção da solução jurídica (FONSECA; ZANETI JR.; SCHIMIDT, 2021, p. 1.043). A preocupação primordial é, portanto, alinhar o que é discutido no processo – pelos sujeitos formais do processo – à narrativa (real) do grupo, validando perante a sociedade (e não apenas juridicamente) a solução alcançada ao final do processo.

Ao contrário do que ocorre diante do controle da atuação do legitimado coletivo que se volta a analisar se a condução do processo é dada de forma adequada, o objetivo, aqui, é que os instrumentos de participação permitam a visualização de interesses, opiniões e perspectivas do grupo tutelado, de forma que o conflito esteja representado no processo. Nesse cenário, é possível adotar instrumentos de participação (direta), que podem corresponder ao resultado da representação processual, mediante a nomeação de indivíduo(s) ou grupo(s) de indivíduos que representem a vontade do grupo como se ele fosse. Também é possível que a participação do grupo se dê por meios indiretos, como a intervenção de *amicus curiae*⁸³ ou pesquisas qualitativas e/ou quantitativas sobre determinado tema, contribuindo para a identificação do grupo e a visualização das suas necessidades e queixas.

⁸³ Segundo Carolina Moraes Migliavacca (2019, p. 154), o *amicus curiae* pode ter função instrutória ou representativa. Na função representativa o fundamento da sua participação não é “a contribuição de aspectos técnicos que auxiliarão na compreensão intelectual de algum tema pelos sujeitos do processo. É, sim, a possibilidade de que representantes dos sujeitos que compõem a sociedade possam, ao fim e ao cabo, prestar as suas opiniões e, quiçá, as suas vivências quanto ao tema em questão – ainda que não se tratem de *experts*, técnicos ou especialistas no tema em debate. A contribuição desta participação está na construção de uma decisão judicial mais sintonizada com a realidade dos acontecimentos, valores e idiosincrasias da sociedade, e não unicamente cerrada na ótica exclusiva dos julgadores acerca do direito aplicável aos fatos, tendo como únicos interlocutores a parte autora e ré”. Nesse diapasão, poder-se-ia conceber a intervenção de um membro de grupo como *amicus curiae* com o objetivo de elucidar os fatos e os interesses que revolvem o conflito coletivo.

Desse modo, pode-se falar em um controle de representação adequada, o qual se refere a uma diversificação dos instrumentos de participação que objetivam fomentar o diálogo com o grupo, a fim de permitir, sobretudo em litígios de difusão irradiada, o melhor conhecimento dos fatos relevantes que circundam a questão de direito controvertida, tanto pelo tribunal, quanto pelos legitimados adequados, assegurando-se melhores ferramentas para a condução e a resolução do procedimento (além, claro, de proporcionar meios para o controle da atuação do condutor no curso do processo). Em suma, o controle da representação adequada visa a assegurar que o processo se desenvolva em diálogo com os grupos, de forma a possibilitar a melhor identificação do conflito e, por conseguinte, a construção de solução jurídica que tutele os direitos, sem desconsiderar os interesses do grupo.

Dessa forma, sugere-se o abandono da expressão representatividade adequada com a sua cisão em duas outras: legitimidade adequada e representação adequada (FONSECA; ZANETI JR.; SCHIMIDT, 2021, p. 1.043-.1044). A primeira dá enfoque ao controle da atuação do condutor do processo coletivo a fim de verificar se o legitimado coletivo é apto a conduzir o processo a uma solução adequada e justa do conflito coletivo que se apresenta. Em contrapartida, a representação adequada possui relação com a busca de diálogo com os grupos e outros interessados que possam contribuir com a solução jurídica do conflito coletivo de modo que o processo considere as diferentes narrativas do litígio e, assim, tendo conhecimento dos fatos, seja possível alcançar a melhor solução jurídica ao caso. Por fim, a relação entre legitimidade adequada e representação adequada é circular, visto que a representação adequada do conflito impacta no controle da legitimidade adequada e vice-versa. Em última análise, ambas, a legitimidade adequada e a representação adequada, buscam ainda assegurar o direito dos grupos de participar e influir no resultado do processo, promovendo a validação (jurídica e social) da solução alcançada pela atenção às demandas sociais ao lado da preocupação em aplicar adequadamente o Direito posto.

A seguir, aprofundaremos a noção de controle da legitimidade adequada cuja discussão já se encontra mais avançada no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Apenas no tópico subsequente trataremos de maneira mais específica sobre o

controle da representação adequada e seu papel para o desenvolvimento do processo coletivo contemporâneo.

3.1.2 O controle da *adequacy of representation* do processo coletivo norte-americano e o cabimento do controle jurisdicional da legitimidade adequada no processo coletivo brasileiro

Com a finalidade de fornecer um panorama comparado sobre o controle jurisdicional da legitimidade no processo coletivo, abordaremos, neste tópico, o que significa *adequacy of representation* e seu papel no ordenamento jurídico norte-americano, bem como o seu diálogo com o tratamento ofertado pela jurisprudência nacional ao controle da legitimidade adequada.

Diferentemente do processo coletivo brasileiro, a legitimação nas ações coletivas norte-americanas é atribuída, em regra, àqueles que foram acometidos pelo ilícito ou pelo dano, ou seja, aos membros de grupo lesado (TAVARES, 2020, p. 141-142). Segundo a Regra 23(a)(4) da *Federal Rules of Civil Procedure*⁸⁴, a admissão da *class action* exige, entre outros, o preenchimento do requisito da *adequacy of representation*, o qual certifica que o autor da ação coletiva é apto para defender de forma justa e adequada os interesses de todo o grupo. Nesse diapasão, cabe ao juiz examinar caso a caso se os interesses do grupo representado são compatíveis com aquilo que é proposto pelo representante (autor da *class action*) (MARCATO, 2005, p. 315).

Dessa forma, o requisito da *adequacy of representation* possibilita que a defesa dos direitos seja feita pelo membro do grupo sem que seja necessária a autorização dos demais membros que compõem o grupo, ao mesmo tempo que visa a compatibilizar o esquema representativo com a observância do princípio do devido processo (TAVARES, 2020, p. 142). Consoante Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 6), a adoção do mecanismo de controle da atuação do legitimado pressupõe que o modelo de

⁸⁴Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

legitimação possui aptidão para assegurar a todo o grupo uma defesa adequada, a ponto de compatibilizar o devido processo legal ao regime de extensão subjetiva da coisa julgada coletiva⁸⁵. Para tanto, Antonio Gidi (2002, p. 66) assinala que a *adequacy representation* objetiva três resultados primordiais: minimizar o risco de colusão entre o representante e o *repeat-player*, incentivar uma defesa vigorosa por parte do representante e de seu advogado e garantir que os interesses do grupo estejam devidamente apresentados no processo.

Consoante registra João Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2020, p. 144), os fatores para a identificação da *adequacy of representation* são variados, tais como “comprometimento com a causa, o interesse concreto, a disponibilidade de tempo, a capacidade financeira, a honestidade, o vigor na condução do feito, a credibilidade e, sobretudo, a ausência de conflito de interesse”. O requisito ainda deve ser preenchido em face do advogado que atua na defesa do grupo, estando entre os elementos analisados sua qualificação profissional, especialização na área, relacionamento com as partes, estrutura e capacidade (técnica, financeira, etc) do escritório e ausência de conflito de interesse (TAVARES, 2020, p. 144). Em síntese, compreende-se que o requisito da *adequacy of representation* estará presente sempre que se verificar, quanto ao legitimado coletivo e a seu advogado: ausência de conflito de interesse e aptidão para garantir uma defesa vigorosa dos interesses do grupo.

Conforme salienta Márcia Vitor de Magalhães e Guerra (2009, p. 77), no Direito norte-americano, não basta que o legitimado coletivo tenha interesses em comum com o grupo, mas também que a sua pretensão não divirja dos interesses do grupo. Nesse passo, cabe ao juiz investigar a relação entre representante e grupo e entre representante e réu, para fins de verificar se há conflito de interesses que impeça a condução vigorosa em defesa do grupo, haja vista que não é razoável (ou constitucional) que a ação coletiva sirva a interesses particulares em detrimento à proteção dos grupos (GUERRA, 2009, p. 78-79). Antonio Gidi (2007, p. 117) realça,

⁸⁵ Segundo Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 6), “O mecanismo [da *adequacy of representation*] baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ‘ultra partes’, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências da sociedade”.

entretanto, que nem todo conflito de interesse é capaz de implicar a inadequação do representante, sendo necessário que o conflito verse sobre questão prejudicial à conformação do litígio, ou seja, é preciso que o conflito comprometa a condução da defesa do grupo no intuito de garantir a proteção de outros interesses⁸⁶.

Desse modo, o requisito da *adequacy of representation* tem o condão de autorizar que a decisão proferida no bojo da ação coletiva atinja o direito de terceiros – que não participaram do processo. Caso ele não esteja presente no processo, o juiz pode determinar a substituição do representante e de seu advogado ou a intervenção de outro representante assistido por advogado que seja mais idôneo a exercer a defesa do grupo, a fim de assegurar a representação de todos os interesses divergentes (MARCATO, 2005, p. 314; GUERRA, 2009, p. 79).

Antonio Gidi (2007, p. 117) ainda destaca que a proteção do direito dos excluídos também pode ser assegurada pela adoção das seguintes técnicas: “possibilidade de *opt out*, a limitação da definição do grupo, a divisão do grupo em subgrupos, a intervenção dos outros representantes, a manutenção de uma ação coletiva parcial etc”. Portanto, em caso de a ausência do requisito apenas venha a ser verificada ao final, é possível que a certificação da ação em *class action* seja decretada inválida ou ineficaz, limitando-se os seus efeitos àqueles que participaram do processo (partes em sentido processual)⁸⁷. Isso se justifica porque é a certificação da *adequacy of representation* que permite reconhecer que o devido processo e o contraditório estão atendidos, ainda que não da maneira tradicionalmente concebida,

⁸⁶ Nas palavras de Antonio Gidi (2007, p. 120), “Como regra geral, somente os conflitos fundamentais e inconciliáveis quanto à pretensão ou causa de pedir do representante afetam a sua adequação. Há conflito inconciliável, por exemplo, e, conseqüentemente, representação inadequada, quando os interesses do representante são diversos dos do grupo e, para tutelar o seu interesse pessoal, o representante possa comprometer os interesses dos membros ausentes. Somente nesses casos extremos o juiz deve procurar substituir o representante por outro membro cujos interesses não estejam em conflito com os dos demais, ou, se for o caso, simplesmente negar a certificação à *class action*”.

⁸⁷ De acordo com Antonio Gidi (2002, p. 70), “não há que se falar em ‘representante inadequado’. Trata-se de uma contradição em termos. Todo representante é, por definição, adequado, Caso contrário, não houve representação legítima. Utilizando a dicotomia entre o poder e o dever, pode-se dizer que o poder que tem o representante para tutelar os interesses do grupo deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo. A adequação legítima e convalida a atividade do representante. Os membros do grupo não deveriam ficar vinculados pelos atos de um representante inadequado. O representante inadequado, portanto, é um não representante”.

isto é, ainda que não exercidos pessoalmente por cada membro do grupo⁸⁸. Essa questão é tão relevante que, conforme salienta João Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2020, p. 145), não é incomum que a parte contrária questione o preenchimento do requisito da *adequacy of representation*, com a finalidade de assegurar a força vinculativa da decisão, mormente quando desfavorável aos interesses do grupo. Portanto, a *adequacy of representation*, além de consistir em mecanismo de assegurar o devido processo e o contraditório dos ausentes, também contribui para a segurança jurídica da determinação judicial.

Diferente do que verificamos no Direito norte-americano, no qual a legitimação coletiva é atribuída por cláusula aberta a todo aquele que possui alinhamento de interesses com o grupo (membro do grupo), no processo coletivo brasileiro, a legitimação para agir precisa estar prevista no ordenamento jurídico, ou seja, é preciso que norma jurídica indique, ainda que implicitamente, a legitimação do ente para condução do processo na defesa dos direitos de grupos (ARRUDA ALVIM, 1975, p. 426; ZANETI JR., 2010, p. 105). Diante disso, consoante Ana Cândida Menezes Marcato (2005, p. 314), o modelo de processo coletivo brasileiro não teria adotado o controle jurisdicional da legitimidade adequada. Esse controle seria realizado *lege lata*, inexistindo disposição que autorize a restrição da legitimação pelo Poder Judiciário (RODRIGUES, 2021, p. 211; CÂNDIA, 2013, p. 284). De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 214), o legislador autorizou tão somente a ampliação da legitimação das associações mediante controle pelo juiz, de forma que seja dispensado o requisito temporal de constituição em razão de “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido”. Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 505) vai além e afirma que não coaduna com o espírito da Constituição Federal permitir a restrição da legitimidade ativa no processo coletivo.

⁸⁸ Segundo enuncia Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 36), foi o precedente firmado em *Hansberry v. Lee* que considerou que a “representação adequada” dos ausentes é mecanismo capaz de compatibilizar o modelo representativo, pelo qual admite-se que a decisão venha a atingir indivíduos que não participaram do processo, ao *due process*. Nesse passo, de acordo com Edilson Vitorelli (2019, p. 322), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América “concluiu que, se alguém tem interesses contrapostos aos de uma classe, ele não pode ser considerado como adequadamente representado por aqueles que agem em nome desta motivo pelo qual não está vinculado ao resultado do processo pretérito”.

Consoante Cândido Rangel Dinamarco (2020, p. 219-220), a idoneidade dos entes legitimados pelo ordenamento jurídico brasileiro é bastante para considerar observado o contraditório e autorizar a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada àqueles que não participaram diretamente do processo. Portanto, a atuação desses entes na defesa dos direitos de grupo é tida como adequada pelo legislador, não se admitindo questionamento nem pelo juiz (CÂNDIA, 2013, p. 277). Para Eduardo Cândia (2013, p. 256-257), todo ordenamento jurídico que se funde no princípio do devido processo deve garantir a adequada legitimidade daquele que defende o direito de uma classe ausente, acontece que é possível que a sua verificação se dê a cada caso, como no modelo das *class actions* norte-americanas, ou presumidamente pelo legislador, a partir da definição de rol de legitimados, como no modelo de processo coletivo brasileiro, ou seja, o que pode variar é a forma de aferição do pressuposto da legitimidade adequada, mas, em ambas, ele está presente.

Em que pese a ausência de disposição legal expressa no sentido de autorizar o controle jurisdicional da legitimidade coletiva, ele consiste em garantia constitucional advinda da cláusula do devido processo legal coletivo, a qual assegura que os grupos, subgrupos e membros de grupos, ainda que ausentes no processo, façam-se presentes por meios indiretos (a legitimidade adequada) que lhes assegurem o contraditório no processo e, por conseguinte, o direito de influir no resultado do processo (CABRAL, 2011, p. 200). Nesse diapasão, há que se concordar que o ordenamento jurídico brasileiro endossa a presunção de legitimidade adequada daqueles que constam no rol legitimados para atuar em prol da defesa de direitos coletivos. Contudo, a presunção não é absoluta, mas relativa. A princípio, são legitimados adequados aqueles que constam do rol normativo, pois a intenção está longe de ser a restrição da tutela jurisdicional coletiva, cabendo, porém, o entendimento em contrário com base na análise do caso concreto para fins de assegurar que a defesa apresentada no processo se aproxime daquela que seria obtida caso os próprios titulares do direito estivessem atuando pessoalmente⁸⁹ (TIDMARSH, 2009, p. 1.139).

⁸⁹ Nas palavras de Jay Tidmarsh (2009, p. 1.139), “Representation by class representatives and counsel is adequate if, and only if, the representation makes class members no worse off than they would have been if they had engaged in individual litigation”.

Conforme elucida Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 238), não é razoável concluir que o legislador seja apto a selecionar, em abstrato, aqueles que estão preparados a defender adequadamente, em todo e qualquer processo, o direito de todo e qualquer grupo. Essa concepção, além de contradizer a própria natureza concreta da legitimidade ao sugerir uma origem estritamente legal, advoga para a certificação de validade de defesas deficitárias realizadas por legitimados pelo simples fato de sua legitimação estar autorizada por lei.

Nesse ponto, Susana Henriques da Costa (2009, p. 975) elucida que o controle da legitimidade adequada, ao se preocupar com o comprometimento do condutor do processo, constitui instrumento apto a impedir que demandas inidôneas consumam recursos da máquina judiciária sem alcançar resultado adequado à proteção dos grupos. Costa (2009, p. 975) ainda salienta que não é razoável admitir uma condução descomprometida do processo, esquivando-se do controle da atuação no processo, em razão de o processo coletivo brasileiro resguardar a possibilidade de repositura da demanda coletiva em hipótese de falta de prova (coisa julgada *secundum eventum probationis*)⁹⁰. Ademais, é preciso ter em mente que o regime *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva, que restringe a extensão dos efeitos da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares de direito individual (artigo 103, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor), não impede a afetação dos direitos do grupo em caso de improcedência da demanda coletiva, sendo a extensão de seus efeitos *pro et contra* em relação ao grupo tutelado⁹¹ (GIDI, 1995, p. 73). Portanto, torna-se imperioso controle da condução concretamente

⁹⁰ “Levando-se em conta argumentos de produção, ou seja, de economia interna do processo, a saída da coisa julgada *secundum eventum litis* nem sempre será adequada.⁴⁶ Deixar que a máquina judiciária seja movimentada e despenda tempo e recursos em processo coletivo ajuizado por ente não comprometido com o interesse em jogo, somente sob o argumento de que a demanda coletiva eventualmente poderá ser reproposta caso haja novas provas, não parece ser o mais racional. Sem dúvida alguma, melhor solução é possibilitar ao juiz o controle do real potencial representativo do autor e evitar a demanda coletiva inidônea” (COSTA, 2009, p. 975).

⁹¹ Conforme ensina Antonio Gidi (1995, p. 73), “A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o ‘evento da lide’, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a *formação* da coisa julgada, mas a sua *extensão ‘erga omnes’* ou *‘ultra partes’* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva [...]. Em caso de improcedência após instrução suficiente a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 repropunha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não), entretanto, continuam podendo ser propostas.”

adequada do processo para que os grupos não sejam prejudicados por uma atuação inadequada do condutor do processo.

Nesse diapasão, é preciso ultrapassar a concepção meramente legalista para conceber uma versão atual e constitucionalizada da legitimação coletiva, na qual o seu cerne está na busca pelo melhor desempenho do legitimado coletivo em prol da defesa justa, efetiva e tempestiva dos direitos coletivos. O modelo de legitimação coletiva no Brasil é imprescindível para viabilizar a proteção dos direitos dos grupos, todavia não pode servir de pretexto para negligenciar as garantias processuais. Nesse contexto, não cabe afirmar que o legitimado coletivo é adequado apenas por estar autorizado pela ordem jurídica, é necessário que a sua atuação também seja concretamente adequada, ou seja, que a sua performance se mostre apta a proteger vigorosamente os direitos do grupo. Apenas assim é possível vislumbrar um modelo de legitimação coletiva que atenda às garantias processuais constitucionais mínimas, mormente o direito de participar e influir no resultado do processo⁹². Diante disso, o que ainda é objeto de amplo questionamento é *como e qual a extensão* desse controle pelo juiz, ponto que buscaremos discutir e sistematizar no próximo tópico.

3.1.3 Controle jurisdicional da legitimidade adequada no processo coletivo brasileiro

Conforme explicitado anteriormente, em atenção à necessidade de um controle jurisdicional da adequada legitimidade nos processos coletivos e em referência ao requisito da *adequacy of representation* das *class actions* norte-americanas, assentou-se na doutrina e nos tribunais brasileiros a expressão representatividade adequada para se referir ao controle da legitimidade coletiva realizado no âmbito do Poder Judiciário, razão pela qual existirão momentos que, neste tópico, a legitimidade adequada pode ser referida como representatividade adequada.

⁹² Conforme registra Susana Henriques da Costa (2010, p. 628), “Na solução do problema da legitimidade para a tutela coletiva de direito, assim, todo sistema jurídico terá de equacionar a questão de como garantir que os membros da coletividade sejam devidamente ouvidos e defendidos, sob pena de se estatuir um instrumento processual ilegítimo e inconstitucional”.

Inicialmente, a preocupação restringia-se ao controle da atuação das associações civis, tanto que o próprio legislador, no artigo 5º, inciso V, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, estipula dois requisitos necessários a lhes assegurar a legitimidade adequada: ser legalmente constituída há pelo menos um ano e incluir entre seus fins institucionais a defesa de direitos coletivos. Portanto, o controle jurisdicional da legitimidade adequada ficava limitado às associações⁹³ e apenas se estendia à análise do requisito temporal de constituição e de outro relativo à afinidade de suas finalidades institucionais ao objeto litigioso deduzido em juízo. Nessa mesma linha encaminharam-se os tribunais ao estenderem o controle da legitimidade adequada aos demais legitimados coletivos, considerando, para fins de controle jurisdicional, primordialmente o enquadramento do objeto da tutela aos fins institucionais e sociais dos entes legitimados (FORNACIARI, 2010, p. 59; VENTURI, 2007, p. 222).

Nesse diapasão, Elton Venturi (2007, p. 222) esclarece que o controle da legitimidade adequada, na prática, revelou-se “muito mais de ordem formal que propriamente substancial, incidindo [...] sobre a verificação do nexo de pertinência temática existente entre suas finalidades estatutárias ou institucionais e o objeto de tutela instrumentalizado pela demanda coletiva”. Desse modo, a legitimidade adequada acabou restrita, na prática, a uma espécie de aferição da pertinência temática da demanda. Nesse sentido podemos mencionar o controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 631.111/GO, no qual reconhece a legitimidade do Ministério Público para discutir direitos individuais homogêneos relativos à indenização do DPVAT por visualizar a relevância social nessas demandas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 240). Nesse exemplo, o que se verifica é uma compatibilização com as finalidades constitucionais do Ministério Público: zelar pelos serviços de relevância social e atuar na defesa de direitos coletivos (artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal).

⁹³ Ainda hoje, verifica-se que há uma preocupação acentuada com o controle jurisdicional da idoneidade das associações civis para propor ação coletiva. Isso fica evidente a partir da redação do Projeto de Lei nº 4.778/2020, que dispõe que, além do requisito temporal de constituição e a pertinência temática, a associação precisa demonstrar deter “representatividade adequada”, mas não estipula esse requisito em face dos demais legitimados. Segundo Antonio Gidi (2021, p. 71), em ampla crítica ao texto do referido Projeto, o que se verifica é a criação de uma “ação coletiva de segunda classe” cujo objetivo primordial parece ser a criação de entraves à atuação das associações civis na defesa dos direitos de grupos.

O controle jurisdicional da legitimidade adequada no Brasil, ao contrário do que se vê com a *adequacy of representation* nos Estados Unidos da América, ignora outros elementos, como capacidade técnica e financeira, credibilidade, ausência de conflito de interesses etc, a serem aferidos em face do objeto litigioso, para fins de verificar se o ente é apto ou não para conduzir adequadamente o processo coletivo. Isso sugere que aquilo que se denomina legitimidade adequada, ao menos na prática forense, está longe de se confundir com o que é denominado *adequacy of representation* pelo ordenamento jurídico norte-americano. O que ficou conhecido como *representatividade adequada* não passa de instrumento de controle das finalidades constitucionais dos entes autorizados a propor ação coletiva, pouca relação tendo com a busca de um contraditório mais qualificado na defesa dos direitos dos grupos como ocorre no âmbito do processo coletivo norte-americano.

A despeito do que se verifica na prática, a parcela da doutrina brasileira que acolheu a tese de cabimento do controle jurisdicional da legitimidade sempre se debruçou sobre o tema no sentido de buscar aproximá-lo daquele aplicado às *class actions* norte-americanas, considerando a análise da pertinência temática como apenas mais um critério de aferição da legitimidade adequada (GIDI, 2002, p. 67; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 238). Nesse sentido, acompanha a proposta do Projeto de Lei nº 1.641/2021⁹⁴ que, além da aferição da relação entre finalidade institucional do legitimado e o objeto deduzido em juízo, também prevê critérios subjetivos para aferir a legitimidade adequada, como credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, seu histórico na defesa dos direitos de grupo e sua atuação em processos anteriores (artigo 7º, parágrafos 1º e 2º). O referido Projeto ainda inova ao admitir que o juiz verifique a presença de legitimidade adequada por outros critérios

⁹⁴ Art. 7º, § 1º, do PL 1.641/2021. “A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que a finalidade institucional da entidade tenha aderência à situação litigiosa ou ao grupo lesado. § 2º Na análise da legitimação do autor, o juiz deverá considerar o grau de proteção adequada do grupo ou do interesse protegido, avaliando dados como: I - credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; II – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos previstos nesta lei; III – sua conduta em outros processos coletivos; IV – a pertinência entre os interesses tutelados pelo legitimado e o objeto da demanda; V – o tempo mínimo de instituição da associação de 1 (um) ano e a representatividade desta perante o grupo, categoria ou classe. § 3º Os requisitos expressos no § 2º para a adequação da legitimidade do autor poderão ser dispensados pelo juiz quando haja manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão, urgência, característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido e a legitimação adequada possa ser aferida por outros critérios aplicáveis ao caso. § 4º O controle jurisdicional da adequação da legitimidade deverá ser feito durante o decorrer do processo, levando-se em consideração a qualidade da atuação do autor e a sua aderência aos interesses protegidos. § 5º O autor demonstrará, na petição inicial, as razões pelas quais é um legitimado adequado para a condução do processo coletivo”.

não especificados no dispositivo (artigo 7º, parágrafo 3º), além de ser expresso no sentido que o controle jurisdicional deve ocorrer no momento da propositura da demanda coletiva e em seu curso (artigo 7º, parágrafos 4º e 5º).

Conforme discorrido no tópico anterior, o fundamento do controle da legitimidade adequada no Brasil segue a mesma linha da *adequacy of representation* nos Estados Unidos, qual seja: garantir que o condutor do processo atue na defesa dos direitos do grupo substituído, de forma que o resultado alcançado se aproxime daquele que seria esperado se o próprio titular do direito dirigisse o processo. Nesse passo, é fundamental que a sua sistematização também esteja voltada a perquirir esse escopo final, ressalvadas as distinções relativas ao modelo de legitimação coletiva adotado em cada país.

O processo coletivo brasileiro não confere, via de regra, a legitimação a um membro do grupo como ocorre no ordenamento jurídico norte-americano. Dessa forma, no Brasil, a atuação do legitimado coletivo é movida pelo interesse processual de assegurar a defesa dos direitos de grupo e a escolha das estratégias processuais orientada pela busca da tutela do direito em atenção aos interesses manifestados pelos grupos. Isso significa dizer que o legitimado coletivo possui autonomia na definição de como conduzir o processo, mas deve escolher entre aquelas estratégias que, ao tutelarem o direito coletivo, em última instância, melhor atendam aos interesses do grupo. A legitimidade adequada, portanto, não se preocupa apenas com a aplicação do Direito posto, mas em alinhar a tutela do direito aos interesses do grupo, para fins de assegurar que a solução jurídica alcançada não esteja em total dissonância ao que o grupo acredita ser o melhor caminho. Nesse passo, a condução do legitimado coletivo deve observar a narrativa do litígio exposta pelo grupo, a fim de que suas escolhas reflitam, em certa medida, o esperado pelo grupo tutelado e, assim, a sua atuação possa ser considerada adequada.

É nesse contexto que se destaca a necessidade de averiguar, também no processo coletivo brasileiro, a ausência de conflito de interesses. Deve haver ausência de conflito de interesse do legitimado coletivo em relação aos interesses do grupo tutelado, bem como o legitimado coletivo não deve atuar, isoladamente, na defesa

de grupo que apresente alta conflituosidade interna ou, em outras palavras, possua interesses contrapostos.

Na primeira hipótese, o legitimado coletivo possui interesse no objeto do processo e esse interesse diverge daqueles perseguidos pelo grupo, tornando-o um legitimado inadequado para atuar na defesa desse grupo. Um exemplo que pode ser mencionado é o caso de entes federativos que sejam responsáveis, em alguma medida, pelo dano a direitos coletivos, o que pode vir a excluir a sua legitimidade para atuar na proteção do grupo pelo controle a partir do caso⁹⁵. Por seu turno, na segunda hipótese, vislumbra-se situação em que o grupo busca a proteção de um mesmo direito, mas seus interesses na resolução do conflito não coincidam, mais do que isso, divirjam entre si, de forma que se torne impossível que a proteção de parte do grupo represente a da outra parte (SCARPARO, 2012, p. 125). Nessas ocasiões, é necessário pensar em mecanismos processuais que possibilitem a atuação coesa do legitimado coletivo, tal como a formação de litisconsórcio entre os legitimados coletivos ou mesmo a atuação de mais de um representante de um mesmo legitimado (a exemplo de mais de um promotor justiça) para atuar em frentes diferentes na defesa dos subgrupos com interesses incompatíveis⁹⁶, caso contrário sua condução não poderá ser considerada adequada (SCARPARO, 2012, p. 128).

No que tange ao momento do controle da legitimidade adequada, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 238) defendem que deve ocorrer em três etapas. A primeira etapa consiste na verificação da norma jurídica que autoriza o ente a atuar na defesa de direito alheio, isto é, se o ente compõe o rol de legitimados coletivos. A

⁹⁵ Bruno Borges G. Fonseca, Hermes Zaneti Jr. e Rafaella Schimidt (2021, p. 1.050) explicitam a discussão acerca da legitimidade adequada da União e dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santos para propor ação civil pública para defesa dos direitos coletivos decorrentes do desastre do Rio Doce e a posterior celebração do TTAC. Os autores questionam: “Estes entes federativos seriam os mais aptos para tutelarem os direitos coletivos decorrentes do Caso Desastre do Rio Doce? Estes entes vinham participando das negociações extrajudiciais? Vinham mantendo contato permanente com as sociedades civil e política? Vinham se reunindo com os atingidos, ou seja, as vítimas do desastre? *Haveria conflitos de interesses entre estes entes e o grupo lesado? Seriam estes entes também responsáveis pelo dano, ainda que por omissão, e, portanto, cabível afirmar que quem está no potencial polo passivo não teria legitimidade para a propositura da ação e muito menos para a elaboração de um compromisso de ajustamento de conduta?*” (destaque nosso). No caso, o Ministério Público conseguiu que a decisão que homologou o TTAC fosse suspensa pelo Superior Tribunal de Justiça e, em seguida, cancelada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

⁹⁶ Nas palavras de Eduardo Scarparo (2012, p. 128), “é cogitável que seria também pertinente [...] chamar para compor o processo representantes complementares para as divergências de classes, de modo a garantir a efetiva participação dos interessados na causa”.

segunda etapa é o controle no momento do ajuizamento da ação coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 238), o qual, além de analisar a presença do alinhamento entre as finalidades institucionais e sociais do ente e o objeto deduzido em juízo, também enseja a apreciação de outros elementos que, relacionados às peculiaridades da demanda, demonstrem que o ente está apto a desempenhar uma defesa adequada do grupo, como a credibilidade, histórico na defesa do direito de grupos, conduta em outros processos coletivos etc.

A terceira etapa é o controle no curso da ação coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 249). É possível que, a princípio, o autor da ação coletiva pareça apto a conduzir o processo coletivo, mas a sua atuação em concreto se mostre deficitária, seja por impossibilidade de recursos, alta complexidade da demanda, seja por negligência. Nesse momento, mais de uma solução pode ser adotada de acordo com o fundamento e a extensão do problema na atuação, sendo possível, inclusive, realizar o remanejamento da autoria da demanda coletiva, lançando-se mão de instrumentos processuais como a sucessão processual, ingresso de litisconsortes, intervenção de terceiros, diversificação de meios de participação etc. Nesse último ponto, destaca-se o controle da representação adequada, que será analisado no próximo tópico, pois nem sempre os instrumentos processuais tradicionais, como a formação de litisconsórcio ou a substituição do condutor do processo, são suficientes ou mais apropriados para assegurar a condução adequada do processo e, por conseguinte, a tutela adequada, tempestiva e justa do direito.

Portanto, o controle jurisdicional da legitimidade possui como enfoque a atuação do legitimado coletivo na condução do processo, sendo, por vezes, suficiente para garantir o contraditório e o direito de influência dos destinatários do provimento jurisdicional no processo coletivo. No entanto, para que o controle da legitimidade adequada possa ser idôneo, é necessário também que a narrativa exposta no processo não esteja em dissonância com os interesses do próprio grupo. Nesse contexto que é necessário também controlar a representação adequada do conflito no processo, o que exige a ampliação do diálogo com o grupo, seja por vias endoprocessuais, seja por vias extraprocessuais, a depender das próprias características do litígio, fator que será analisado no próximo tópico.

3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: O PROTAGONISMO DO GRUPO NA TUTELA COLETIVA

A legitimidade adequada deve ser acompanhada da representação adequada no processo coletivo. Ao contrário da legitimidade adequada cujo enfoque encontra-se na figura do legitimado coletivo e no modo que ele conduz o processo, a representação adequada preocupa-se com o grupo, notadamente com a narrativa dos fatos e do direito no processo que deve estar em consonância com a narrativa do litígio pelo próprio grupo.

Conforme visto anteriormente, o legitimado coletivo atua de maneira autônoma, tendo liberdade para escolher, entre as estratégias processuais possíveis, aquela que considere mais adequada para solucionar o litígio e tutelar o direito coletivo. Para tanto, é imprescindível que a atuação do legitimado esteja conectada àquilo que o grupo tem como o melhor para si, ainda que não acompanhe, na íntegra, o que ele enuncia como o seu *querer*. Em suma, é preciso que o processo aponte as perspectivas, opiniões e interesses do grupo, a fim de que seja possível, a partir da colação do máximo de informações, decidir a melhor estratégia, sendo possível que esta não seja equivalente àquela que o grupo indica como a melhor.

Não se trata, contudo, de tornar o processo do tamanho do litígio, sob o risco de inviabilizar a sua resolução, mas de sistematizar adequadamente as informações mediante juízo de discricionariedade exercido, em contraditório, por aqueles que participam do processo. Portanto, a representação adequada está presente quando o recorte e a sistematização dos fatos e do direito apresentados no processo é suficiente para revelar a narrativa mais completa do litígio, levando em conta os diversos vieses do grupo que se pretende tutelar.

Nesse contexto, o diálogo entre legitimado coletivo e grupo é fundamental. Conforme elucida Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros (2022, p. 63), o vínculo entre legitimado coletivo e grupo permite que a atuação do primeiro seja avaliada (legitimidade adequada) e as opiniões do segundo sejam conhecidas ao longo do processo (representação adequada). Ainda que mantida a autonomia do legitimado

na condução do processo, sua atuação deve ser responsiva à vontade do grupo, a quem deve ser garantida voz para manifestar a sua perspectiva sobre o litígio (VITORELLI; BARROS, 2022, p. 63-64). Desse modo, o dissenso entre legitimado e grupo é possível, visto que, ao primeiro, é dada autonomia para decidir o melhor meio para assegurar a tutela integral do direito; em contrapartida, a dissonância constante entre legitimado e grupo pode ser indicador de uma atuação inadequada⁹⁷, pois não é razoável que a solução adotada corresponda a uma completa insatisfação do grupo – seu destinatário.

O debate sobre representação adequada, portanto, é deflagrado a partir da necessidade de oferecer um contraponto para que a atuação do legitimado coletivo possa ser controlada, mas também visa a permitir a democratização do diálogo no processo coletivo mediante a inclusão dos grupos no contraditório⁹⁸. Decerto, pensar em representação adequada é reconhecer que nem sempre aqueles que conduzem o processo possuem todas as informações para solucionar o litígio⁹⁹; mais do que isso, trata-se de devolver ao grupo, titular do direito, a sua voz no processo coletivo, possibilitando que partes representativas do grupo sejam ouvidas, de forma que a sua narrativa integre a narrativa do processo.

⁹⁷ “O conflito entre o representante e os representados corre às expensas do primeiro: a ele cabe refletir sobre sua atuação e os motivos que o levam a dissentir do grupo e, se insistir em sua própria opinião, é dele o ônus de justificá-la perante seus constituintes. Um representante que age em desacordo com a vontade ou os interesses, implícitos ou manifestos, do grupo representado não está necessariamente errado, mas deve ter consciência de que essa situação é anormal. Por essa razão, dependendo do grau de conflituosidade dos interesses envolvidos, o representante poderá não ter condições de atuar adequadamente em relação a todos eles simultaneamente. Verificada tal situação, é recomendável a cisão da representação nomeando-se outros representantes para agir em favor das posições divergentes. Se isso ocorrer, os momentos de autorização e avaliação serão também a ocasião propícia para que os representantes debatam entre si acerca das demandas de cada subgrupo.” (VITORELLI; BARROS, 2022, p. 65)

⁹⁸ Consoante José Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2020, p. 187), “As relações entre o grupo substituído e o legitimado coletivo, assim como entre os membros do grupo, conquanto externas ao processo, são extremamente relevantes para que se analise a adequação, em concreto, da participação e representação, partes integrantes do núcleo do devido processo legal coletivo. Espera-se, portanto, que os legitimados coletivos fomentem a participação desde antes do ajuizamento da ação coletiva, o que dependerá da prévia notificação dos membros dos grupos envolvidos.”

⁹⁹ Segundo Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros (2022, p. 69), “[...] um representante que não ouve os representados dispõe de menos informação para agir e, portanto, está mais sujeito a orientar de modo equivocado sua atuação. Logo, para além da finalidade legitimadora, a participação é instrumentalmente complementar da atividade representativa.”

Nesse sentido, a representação adequada exige a identificação do grupo que se pretende tutelar, inclusive para mapear interesses inconciliáveis entre si¹⁰⁰. A identificação do grupo não se confunde, contudo, com a sua individualização, visto que não se pretende apontar quem são os seus integrantes pessoalmente, mas apenas definir critérios para a sua identificação, a exemplo de localização, origem, marco temporal, dano sofrido etc. Nesse sentido, segundo José Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2020, p. 177), é na fase de saneamento do processo que o juiz deve realizar a delimitação dos fatos e do direito a serem objeto da tutela, assim como “*em nome de quem atua cada legitimado coletivo*”, não sendo necessário que “o juiz indique todos os membros do grupo, bastando que ofereça uma descrição genérica da coletividade”.

A representação adequada também não é sinônimo de participação direta no processo, apesar de esta ser uma feição possível e que demarca, com mais intensidade, a diferença entre representação adequada e legitimidade adequada.

Assim, a representação adequada pode estar presente sem que o processo coletivo incorpore mecanismos de participação direta do grupo. Diante das características do litígio e da narrativa apresentada pelo legitimado coletivo, a representação adequada pode ser atendida sem o incremento do contraditório por outros mecanismos de participação. Nesse contexto, o legitimado coletivo é capaz de realizar o recorte e a sistematização adequada dos fatos e do direito, de forma que a sua atuação é suficiente para assegurar a representação adequada do litígio. É mais comum que a presença do legitimado coletivo seja suficiente em conflitos coletivos caracterizados pela baixa conflituosidade e baixa complexidade, visto que os interesses, as perspectivas e as opiniões que revolvem o direito são mais facilmente identificáveis, assim como o meio para a sua resolução.

No entanto, o debate sobre representação adequada não advém de litígios que se resolvem satisfatoriamente apenas mediante a atuação do legitimado coletivo, mas nas hipóteses que ele não consegue alcançar solução que atenda aos anseios

¹⁰⁰ Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros (2022, p. 59) esclarecem que “é possível que os membros mais atuantes da classe tenham interesses conflitantes com os de subgrupos menos representados. Assim, se o representante se fia-se apenas na manifestação de vontade da classe, sem qualificá-la, corre o risco de contribuir para que as minorias dentro do grupo sejam silenciadas.”

sociais, mostrando-se incapaz de sozinho pacificar o conflito. Portanto, é preciso ter em vista que a representação adequada, apesar de se fundar no belo discurso da participação democrática, tem um fundo pragmático de conter a litigiosidade coletiva que perdura para além da decisão. Nesse sentido, busca-se a partir do incremento da participação dos grupos, subgrupos e membros de grupos, que são os verdadeiros destinatários do processo coletivo, tornar a decisão coletiva mais justa e aceitável e, por conseguinte, conter impugnações ao seu conteúdo, tanto pela via coletiva, quanto pela via individual.

Dessa forma, reconhece-se que nem sempre a condução do legitimado coletivo é suficiente para atender à representação adequada, sendo necessário recorrer à qualificação do contraditório mediante instrumentos de participação dos grupos, subgrupos e membros de grupos e outros interessados capazes de contribuir para o debate e, por conseguinte, para a construção de uma solução mais adequada ao caso.

São as mais diversas possibilidades de instrumentos de participação que podem ser implementados no processo coletivo: *amicus curiae*, intervenção do membro de grupo, audiência pública, *town meeting*, comissão de atingidos, consulta pública, pesquisas quantitativas e qualitativas, entrevistas etc. A medida da participação necessária ao caso parece ser o maior desafio neste momento, visto que a implementação dos meios participativos não pode impactar a duração do processo ao ponto de tornar a solução intempestiva, nem devem ser restringidos de modo que a solução seja vista como antidemocrática. Nesse contexto, parece interessante a sugestão de Eduardo Talamini (2020, p. 156) de um filtro de *contribuição argumentativa*, pelo qual a participação no processo fica condicionada à demonstração da “capacitação avaliada a partir da qualidade (técnica, cultural...) do terceiro (e de todos aqueles que atuam com ele e por ele) e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, estudos, levantamentos etc.)”. Nesse sentido, os mecanismos de participação devem ser definidos de modo a conceber a participação de todas as fatias do grupo – por isso é tão relevante a sua identificação –, ao mesmo tempo que seleciona, entre as opções possíveis, aqueles instrumentos que são mais tendentes a trazer informações inéditas sobre o conflito (DIDIER JR.; ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 66). Decerto, o filtro da *contribuição*

argumentativa tem o intuito de evitar que a ampliação da participação no processo não sirva para construir uma solução mais justa, mas tão somente para retardá-la. Portanto, para que se admita qualquer incremento participativo no processo coletivo, é preciso examinar a relação daqueles que serão ouvidos com o conflito e a potencial contribuição para a solução do caso (TAVARES, 2020, p. 216). Nesse passo, não há mecanismo participativo indicado a todo caso, a análise dos instrumentos utilizados deve ser feita à luz das características do litígio em concreto.

Importante realçar ainda que os instrumentos participativos podem ser desenvolvidos fora do processo judicial, apenas sendo transpostos os resultados dos diálogos perpetrados com os grupos para o processo, assim como é possível que, no curso do processo, sejam utilizados instrumentos de participação para esclarecer informações inexatas, discutir temas e soluções, etc. Não há regra. O que se coloca é a necessidade de que a narrativa do grupo não seja ignorada pelo processo e que toda condução e decisão dialogue com as colocações do grupo, que, então, precisam estar manifestadas no processo.

Assim, a representação adequada do litígio desloca o grupo de volta para o centro da tutela coletiva, não sendo visto mais como mero espectador, mas ator na construção da solução jurídica. Isso não significa, entretanto, a participação direta do grupo em todo e qualquer processo. A legitimação extraordinária permanece como a principal técnica de participação no processo coletivo, sendo complementada por outros mecanismos de participação que garantem que a atuação do legitimado coletivo seja condizente com a realidade. Em suma, reconhece-se que o contraditório precisa ultrapassar o diálogo entre as partes, tornando o processo um ambiente democrático que oportunize a influência dos grupos – principais afetados pela decisão coletiva – na construção da decisão. A contrário senso, não é possível conceber um processo coletivo que exclua os grupos do debate, tanto do ponto de vista da democracia participativa, que não legitima instrumentos antidemocráticos, quanto do ponto de vista pragmático, pois a ausência de representação adequada impacta a aceitabilidade da decisão e, por conseguinte, incentiva a litigiosidade.

Ademais, a falta de representação adequada ainda impede que seja realizado o devido controle da legitimidade adequada no curso processo, por carecer de

parâmetros suficientes que indiquem a adequação das medidas empregadas pelo condutor do processo, ensejando que o controle seja feito apenas a posteriori, no momento de implementação da decisão, o que enseja, no caso de inadequação da medida, em rejeição e, conseqüentemente, no prolongamento do litígio no tempo. Nesse contexto, a representação adequada visa a antecipar o controle social, dialogando com as questões expostas pelos destinatários (grupo), de modo que a solução alcançada seja tão completa que se torne inevitável que os seus destinatários, a ela, se vinculem.

Tendo em vista a importância da legitimação extraordinária para a tutela adequada dos direitos coletivos, o deslocamento do grupo para o centro da tutela coletiva e o reconhecimento de que a sua participação é fundamental para a redução da litigiosidade coletiva, no próximo tópico, discutiremos como o contexto atual de diversificação dos meios de tratamento de conflitos, mediante o incentivo à adoção de mecanismos autocompositivos, pode contribuir para uma tutela coletiva mais adequada.

3.3 ACORDOS COLETIVOS E LIBERDADE INDIVIDUAL: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA OS LITÍGIOS COLETIVOS

3.3.1 Justiça multiportas e autocomposição no processo coletivo

Tradicionalmente, os meios autocompositivos de solução de conflitos são reservados aos direitos patrimoniais disponíveis, em razão de não existirem obstáculos ao seu gozo ou exercício por seus titulares (VENTURI, 2016, p. 406). De outro lado, os direitos indisponíveis, assim entendidos por guardarem relação com a proteção do interesse público, que transcende ao particular, apenas poderiam ser objeto do método adjudicatório tradicional, pois o procedimento judicializado era tido como o único capaz de assegurar a proteção integral do direito (VENTURI, 2016, p. 405). Nesse contexto, sequer era admitida a autocomposição por seus titulares, ainda que no curso de processo judicial, visto que o acordo remetia à ideia de barganha e, portanto, disponibilidade do direito.

Apesar de as raízes tradicionais tenderem a replicar a impossibilidade de autocomposição de direitos indisponíveis, a realidade atual indica o contrário, incentivando a adoção de métodos autocompositivos na resolução de conflitos sempre que se mostrarem mais adequados a garantir a tutela do direito.

No Brasil, o artigo 3º do Código de Processo Civil consagra a justiça multiportas a partir da qual o Poder Judiciário passa a ser encarado como porta tradicional¹⁰¹ de acesso ao lado de uma diversidade de outros métodos possíveis ao tratamento de conflitos. Diante dos métodos (das portas) possíveis para tratar o conflito, torna-se imperioso considerar as peculiaridades do litígio para que seja eleito aquele pelo qual se alcançarão os melhores resultados. Conforme assinala Rodrigo Mazzei e Bárbara S. Ruis Chagas (2018, p. 123-126), quando o método empregado não se mostra adequado à resolução de determinado conflito, as partes tendem a não se conformar com o resultado desfavorável, resistindo ao máximo cumprir com a obrigação imposta; a contrário senso, quando o método empregado é adequado, há o aumento da aceitabilidade pelas partes da resposta, ainda que desfavorável, por oferecer-lhes certo senso de justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 71) já vislumbravam a necessidade de adequar o método à tipologia do litígio, apontando para a adoção de “métodos alternativos” e para a criação de procedimentos específicos voltados a tutelar determinados direitos materiais. No que toca aos procedimentos especiais, atualmente, já se reconhece que não se trata de criar novos procedimentos para cada situação de direito material, mas de permitir a adaptabilidade dos procedimentos já existentes pelo influxo livre de técnicas processuais em prol da efetividade do processo. Desse modo, a concepção trazida pela justiça multiportas não é de mera existência de mais de uma via para tutelar o direito, mas de compreensão de que se deve buscar a preponderância do método mais adequado ao caso em concreto para emprego das ferramentas mais eficazes no tratamento das circunstâncias do conflito. O princípio da adequação tem o intuito primordial de concretização do acesso à justiça em seu viés mais substancial, a saber a entrega

¹⁰¹ O emprego do adjetivo “tradicional” não indica o método adjudicatório como “principal”, “prioritário” ou “superior” aos demais métodos de resolução de conflitos (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2016, p. 37).

do bem da vida a quem tem direito (realização da tutela do direito tempestiva, efetiva e justa).

Conforme elucida Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 37), o modelo da justiça multiportas pressupõe o respeito à escolha dos interessados, atendida a autonomia da vontade e a decisão informada, imprescindíveis à livre autodeterminação dos sujeitos envolvidos, bem como a adequação do método adotado diante da situação que se pretende tutelar.

Do cenário de exame da adequação dos métodos de solução de conflito, não se excluem os direitos indisponíveis, notadamente a tutela de direitos coletivos. Isto porque não parece razoável presumir a impossibilidade de autocomposição de direitos coletivos, sem a análise das circunstâncias do caso e, portanto, sem observar a possibilidade de a proteção do direito se dar de forma mais efetiva mediante autocomposição.

Elton Venturi (2016, p. 413) destaca três motivos que sustentam que a indisponibilidade do direito não pode implicar presunção de inegociabilidade: a negociação não enseja necessariamente renúncia do direito; a titularidade do direito é reforçada a partir do respeito à autonomia de selecionar os métodos para a solução do conflito; e não é razoável que o Estado restrinja o exercício do direito sob o pretexto de proteção abstrata dos direitos. Por seu turno, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 39) salientam a possibilidade de autocomposição de direitos coletivos com base em três pressupostos principais: não é razoável restringir a efetivação dos direitos coletivos quando a autocomposição se apresentar como método mais adequado à sua tutela; a indisponibilidade do direito não é impactada na medida em que o objetivo é a sua maior efetivação; e a efetivação dos direitos exige a adequação às circunstâncias concretas.

Especificamente quanto à irrenunciabilidade dos direitos coletivos, verifica-se que ele se funda em dois principais motivos: o princípio da reparação integral do dano, que obsta a barganha nas tratativas negociais por impor a tutela integral do direito lesado; e a regra da legitimidade extraordinária no processo coletivo, que segrega as figuras do titular do direito e do legitimado a tutelá-lo, de modo que não cabe a quem

não é titular dispor materialmente do direito (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 38). A vedação à renúncia do direito coletivo, contudo, não se confunde com intransigibilidade do direito, nem tampouco significa ausência de margem para negociação.

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral (2011, p. 331-332), é possível a concessão de vantagens à parte contrária no processo de negociação referentes à fixação de prazo ou modo de cumprimento, não sendo possível, entretanto, transigir quanto à essência do direito. A autocomposição no âmbito do processo coletivo não tem, de forma alguma, escopo de proteger terceiro que age em violação a direitos coletivos, motivo pelo qual a negociação deve estar voltada a viabilizar a formação do ajuste ao mesmo tempo que assegura a reparação integral dos danos e a tutela do direito (PINHO; CABRAL, 2011, p. 332). Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 40), não é possível deixar de assegurar a satisfação do direito coletivo violado, ou seja, “não cabe a renúncia, mas, tão somente, a regulação do modo como se deverá proceder a reparação dos prejuízos, a concretizar os elementos normativos para a efetivação do direito coletivo.”.

Consoante Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral (2011, p. 332-333), em hipóteses em que é impossível ou desvantajoso o retorno ao estado anterior (*status quo ante*), abre-se, mais ou menos, o campo de discricionariedade dos envolvidos¹⁰², que deverão, no momento da negociação, discutir as cláusulas do acordo com base nas circunstâncias concretas, a fim de alcançar solução alternativa (“resultado prático equivalente”), que garanta, de modo

¹⁰² Hermes Zaneti Jr. (2021b, p. 188) ensina que existe a “possibilidade de determinar *graus de interesse público e de indisponibilidade do direito*, mesmo tempo que *caberia ao Ministério Público a decisão de intervir ou não nos processos*, conforme fundamentação adequada, quando a norma que determina a intervenção assentar-se em um conceito jurídico indeterminado (exs.: *interesse social e interesse social*). A possibilidade de autocomposição de direitos indisponíveis e de autorregramento da vontade em matéria processual já indicam claramente a existência de graus de indisponibilidade.”. No mesmo sentido, Antonio do Passo Cabra (2018, p. 175) aponta: “a justiça administrativa, tradicionalmente arisca às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por se público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in)disponibilidade e, em alguma medida, mesmo as regras estabelecidas no interesse público podem ser flexibilizadas.”.

efetivo, a tutela do direito¹⁰³. Portanto, dizer que o direito coletivo é irrenunciável não implica na existência de caminho único que garanta a sua proteção, mas em as negociações estarem apoiadas na busca pela melhor opção à luz do quadro fático que se coloca.

Ainda nesse espectro, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 44) destacam que a porosidade das normas que integram a ordem jurídica dá margem para que exista, no âmbito das negociações coletivas, certa “disponibilidade motivada”, de modo que há campo de escolha quanto ao caminho a ser adotado para a proteção do direito, devendo, todavia, a opção selecionada estar em consonância com a unidade narrativa da Constituição¹⁰⁴. Nesse contexto, também é preciso que, além da lei propriamente dita, as soluções observem os precedentes que versam sobre casos análogos e os padrões da dogmática jurídica (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 44-45). Nesse ponto, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros (2022, p. 67-68) exemplificam a possibilidade de ponderação do coletivado coletivo na hipótese de “lesão ao meio ambiente, sem impacto significativo, que seja difícil de recompor em razão das características do solo (por exemplo, um dano ambiental em uma localidade de solo pedregoso)”; nesse caso, seria possível pensar em uma reparação que “fosse efetuada de outra maneira, mais valiosa para o ecossistema (por exemplo, o reflorestamento de uma nascente ou margem de rio)” e isso não implicaria necessariamente a renúncia à tutela do direito coletivo, mas estaria voltada à adequação da tutela na medida em que assegura uma reparação mais efetiva do direito.

Além da necessidade de tutelar integralmente o direito, a eficácia *erga omnes* do acordo coletivo, que determina que o seu objeto transcende aqueles que participam

¹⁰³ Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral (2011, p. 332-333) enunciam que “Iguamente, em situações nas quais é impossível o retorno ao estado anterior ao processo (estado do bem antes da ocorrência da lesão), será necessário buscar uma solução alternativa, algo como o “resultado prático equivalente”, previsto no artigo 461, § 5º do C.P.C. [atualmente previsto no artigo 536 do CPC/15]. Nesses casos, é inegável que haverá certa dose de discricionariedade na busca e na escolha de tal alternativa, o que levará à negociação de cláusulas específicas e questões concretas quanto ao adimplemento das obrigações pactuadas.”

¹⁰⁴ Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016 p. 44), “Há, ainda, a possibilidade de concreção de direitos a partir do compromisso firmado. O dogma da vinculação estrita do Direito à lei cede espaço à noção contemporânea de juridicidade, ou seja, a ideia de vinculação dos aplicadores do direito ao sentido da norma constitucional e infraconstitucional em conformidade à unidade narrativa da Constituição.”

das negociações (repercutindo na esfera jurídica de todo o grupo e, também, dos colegitimados coletivos que não participaram das tratativas negociais) exige que o acordo seja celebrado em consideração ao máximo de informações sobre o caso que visa a regular, a fim de coagir os ausentes a reconhecerem a sua vinculação a partir do senso de justiça decorrente da adequação dos meios empregados (NERY, 2010, p. 211-212).

Via de regra, não é possível a rediscussão do que foi pactuado, que deve vincular a todos os interessados, exceto quando verificado que o acordo viola o direito transindividual, ao invés de ampará-lo (NERY, 2010, p. 235). Portanto, o que não é admitido é a discordância não fundamentada do acordo. No entanto, apesar de a sua eficácia ser contra todos – grupo e colegitimados –, todo acordo extrajudicial é passível de impugnação judicial posterior e o juízo acerca da razoabilidade da rediscussão apenas acontece no curso do processo. Com objetivo de assegurar maior estabilidade aos acordos celebrados extrajudicialmente em defesa de direitos coletivos, é importante (ainda que não imprescindível) que se proceda sua homologação judicial. Desse modo, o acordo extrajudicial homologado terá o selo de imutabilidade da coisa julgada material¹⁰⁵.

Na fase homologatória do acordo, que pode ser celebrado extra ou judicialmente, o juiz poderá controlar aspectos formais, de validade do acordo, assim como do seu próprio conteúdo, manifestando discordância com a proposta apresentada (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 53-55). Nesse momento, admite-se a intervenção de outro colegitimados e interessados, com a ampliação da participação e a publicização do acordo, bem como é obrigatória a intervenção do Ministério Público como *custus iuris*, quando não for parte, a fim de que o controle realizado pelo juiz não se restrinja a um juízo de formalidades, mas também abarque o debate quanto à adequação da proposta de acordo apresentada¹⁰⁶, sobretudo em face de critérios de

¹⁰⁵ No caso de acordo coletivo baseado em prova insuficiente, é possível que, ainda depois da sua homologação, ele seja revisto, “desde que surja nova prova capaz de por si só alterar o resultado do acordo, demonstrando que ocorreu tutela insuficiente do direito por falta de conhecimento das partes envolvidas a respeito da extensão do ilícito ou do dano objeto do acordo.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 56). Essa compreensão decorre do regime de coisa julgada *secundum eventum probationis* disposto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁶ Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 55), “A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de deliberação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas

legitimidade adequada e representação adequada¹⁰⁷ (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 53). Em suma, é imprescindível que o acordo celebrado se baseie no máximo de informações possíveis acerca dos impactos, extensão e consequências do ilícito ou do dano, visto que, apenas assim, é possível aferir se o acordo garante a tutela adequada do direito (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 56).

Ainda que admitida a autocomposição de direitos coletivos com incentivo à adoção de métodos diferenciados com base na adequação aos tipos de litígio, verifica-se, no âmbito do processo coletivo, a necessidade de uma coordenação entre atuação extrajudicial e judicial, a fim de assegurar a estabilidade dos ajustes que versam sobre direitos coletivos. A gama de colegitimados nomeada a atuar na defesa dos direitos de grupo nem sempre permite que seja mantido um diálogo contínuo entre eles, de forma a permitir a atuação coordenada. Portanto, não é incomum que mais de um colegitimado, inclusive de órgãos análogos, atue em um mesmo caso e ignore, conscientemente ou não, medidas adotadas por outros colegitimados para conter e reparar o dano a direito coletivo.

Nesse contexto, o regime de estabilização do processo coletivo brasileiro e a inafastabilidade do Poder Judiciário contemplada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, impedem que se afaste a rediscussão, em sede judicial, das medidas promovidas por um colegitimado, ainda que adequadas e suficientes. Portanto, apesar de o acordo adequado e suficiente vincular, via de regra, *erga omnes*, isso apenas impede que o colegitimado o desconsidere sem embasamento lógico-jurídico, ou seja, apenas impõe àquele que discorda do acordo ônus argumentativo de que aquele não é o melhor caminho a assegurar a tutela do grupo. Entretanto, de modo algum, a vinculação *erga omnes* é óbice para a

oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art. 1.015 do CPC.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 55).

¹⁰⁷ Neste ponto, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 42) afirmam que “[...] a legitimidade para a celebração do acordo (judicial e extrajudicial) se submete às mesmas exigências de ‘representatividade adequada’ para a caracterização da legitimidade *ad causam*. Além disto, está submetida ao mesmo controle judicial de adequação em razão do objeto, além da possibilidade de impugnação, como se verá adiante.”. Vale esclarecer que, apesar de o artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública apenas prever a legitimidade de órgãos públicos para celebrarem termo de ajustamento de conduta, não há empecilho para que os demais colegitimados, de natureza privada, firmem acordo extrajudicial.

impugnação/rediscussão fundamentada do acordo, o que, em regra, é feito no âmbito judicial, ainda que não haja impedimento para que os interessados se reúnam e busquem, extrajudicialmente, uma solução coordenada.

Desse modo, verifica-se que, no processo coletivo, o incentivo aos métodos autocompositivos não exclui, via de regra, a atuação do Poder Judiciário cujo papel remanesce em duas acepções principais: assegurar o controle do mérito do acordo em contraditório com as partes e outros interessados no seu objeto e garantir maior estabilidade ao acordo mediante o selo de coisa julgada material, que impede a rediscussão do seu objeto, exceto na hipótese excepcional de surgimento de nova prova capaz de alterar o resultado do acordo.

A homologação do acordo pelo juiz proporciona a vinculação dos colegitimados coletivos e do grupo, no entanto não se impõe aos titulares de direitos individuais, aos quais é resguardada a liberdade para optar por aderir ou não ao processo coletivo. No caso de acordos e decisões benéficas, não há motivo para a exclusão dos indivíduos dos efeitos da tutela coletiva. Contudo a complexidade do direito que impede a aferição, em abstrato, do benefício da tutela coletiva, assim como a ausência de publicidade das medidas implementadas associada à tradição individualista que se mantém no direito processual brasileiro ainda impacta na adesão dos titulares de direitos individuais às soluções coletivas.

Desse modo, para além de uma tutela coletiva adequada – e aderente à narrativa do grupo –, também é preciso pensar que os métodos devem buscar inibir o ajuizamento de demandas individuais com rediscussão do objeto decidido no âmbito coletivo, sem, contudo, restringir a atuação do indivíduo na defesa dos seus próprios direitos. Diante desse cenário que, atualmente, as soluções coletivas passam a ser associadas a medidas que visam a recapacitar o indivíduo no contexto da tutela coletiva.

3.3.2 Intercâmbio entre indivíduo e tutela coletiva: acordo coletivo *opt in* como mecanismo de recapacitação e vinculação do indivíduo à solução jurídica coletiva

A Constituição Federal brasileira contemplou, em seu artigo 5º, inciso XXXV, a proteção de direitos individuais e coletivos (ZANETI JR., 2021b, p. 84); em outras palavras, a ordem constitucional reconhece que os direitos possuem, pelo menos, duas acepções, individual e coletiva, sendo que a proteção de uma não exclui a da outra¹⁰⁸. Nesse passo, não é incomum que uma mesma situação seja precursora de demandas individuais e coletivas.

Diante do cenário de concomitância de demandas individuais e coletivas deflagradas em razão de um mesmo evento danoso, o processo civil brasileiro optou por privilegiar a tutela individual, excluindo, via de regra, o titular de direito individual dos efeitos prejudiciais da demanda coletiva. A contrário senso, a regra disposta no artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que os efeitos da decisão coletiva apenas serão estendidos aos titulares de direito individual quando for para beneficiá-los. Excepcionalmente, é possível que os titulares de direito individual sejam alcançados pela decisão coletiva desfavorável, no entanto, para tanto, é necessário que ingressem no processo coletivo, sendo-lhes oportunizada a participação em contraditório.

¹⁰⁸ Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 294), “As diversas dimensões de direitos fundamentais (individuais e coletivos, como determina a nossa Constituição) somam-se, não se substituem ou suprimem.”. Discorrendo ainda sobre a nova *summa divisio* dos direitos contemplada pela Constituição Federal de 1988, Gregório Assagra de Almeida e Luiz Philippe Vieira de Mello Neto (2011, p. 79-80) ensinam que “A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao contrário, utiliza-se de termo mais adequado e amplo, colocando no mesmo patamar Direitos Individuais e Direitos Coletivos (Título II, Capítulo I). Ao invés de utilizar o termo pessoa, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo Direitos Coletivos no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos. As assertivas acima não significam que não possa haver proteção do Direito Coletivo ante a Constituição de outros países. Sustenta-se, isso sim, que a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma Nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.”. O tema da nova *summa divisio* dos direitos foi objeto de tese inédita formulada por Gregório Assagra de Almeida (2008).

No caso de decisão coletiva benéfica atinente a direitos individuais homogêneos, é necessário que cada indivíduo beneficiado proponha a sua ação executiva individual perante o órgão competente a fim de liquidar e executar a fatia do direito que lhe cabe (artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor). Portanto, uma única decisão coletiva é capaz de gerar milhares de outras demandas individuais cujo objetivo é liquidar e executar o comando em favor de cada beneficiado¹⁰⁹. Ocorre que, além de congestionar o Poder Judiciário em decorrência do ajuizamento das demandas individuais para cumprimento da decisão coletiva, esse panorama também é impactado por aspectos relacionados ao acesso à justiça, visto que os indivíduos terão que arcar com os custos da liquidação e execução individual (a exemplo de honorários advocatícios e custas processuais) e com o tempo do processo, que não raras vezes mostra-se patológico¹¹⁰. Nesse cenário, é possível lançar mão de mecanismos processuais mais modernos e que primem, tanto pela tutela adequada do direito, quanto pela sua eficiência.

A disciplina conferida pelo Código de Processo Civil aos métodos de solução consensual do direito dá abertura para que seja admitida, na ordem jurídica brasileira, o denominado *design* de sistema de disputas¹¹¹ (DIDIER JR.; ZANETI JR,

¹⁰⁹ Neste ponto, Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 213-214) realça que “Para a finalidade de tutelar os direitos-deveres, a tutela condenatória em quantia certa é insuficiente. Não por outra razão ela revela o último elo da conhecida preocupação dos ambientalistas: precaver, prevenir, *reparar*. Traduzindo bem a noção de tutela específica das obrigações. A tutela condenatória determina o pagamento de verba para o FDD (Fundo de Defesa dos Direitos Difusos) também não é a mais adequada, se os mecanismos de execução são demorados e ineficientes. Aliás, no caso dos direitos individuais homogêneos, uma verdadeira guia de efetividade do sistema deveria ser a tutela direta dos lesados, entregando a cada um seu direito, sem a necessidade de ações individuais, sempre que for possível efetivar, de forma coletiva, a pretensão individual com o auxílio do requerido. Ora, parte da ineficiência da tutela condenatória está ligada à ineficiência da execução para pagamento de quantia certa e da expropriação mediante penhora. Isso quer dizer que o requerido/executado não tem direito a ser executado desta ou daquela maneira, não possui ontologicamente uma garantia para a execução de obrigações de dar dinheiro, pagar quantia, que resguarde que essas obrigações deverão necessariamente seguir apenas o procedimento de penhora, expropriação e satisfação do crédito”. Considerando o princípio da primazia do julgamento do mérito, incluída a satisfação previsto no artigo 4º do Código de Processo Civil atual, compreende-se que deve ser admitida a conversão de uma determinação condenatória em mandamental quando se mostrar mais adequada à garantir a satisfação do direito (ZANETI JR., 2022, p. 215-216).

¹¹⁰ Segundo dados do Relatório da Justiça em Número divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva” (BRASIL, 2019, p. 79), sendo que mais da metade desses processos (54,2%) encontra-se na fase de execução (BRASIL, 2019, p. 126).

¹¹¹ Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 416), “O CPC tem uma disciplina muito aberta quanto aos meios de solução consensual dos conflitos. Embora tenha tratado da atividade dos mediadores e conciliadores nos arts. 165 a 175, o CPC usou deste tratamento para disciplinar o inteiro setor da autocomposição, estabelecendo normas que valem para qualquer atividade autocompositiva. Neste sentido, cresce, atualmente, a possibilidade de design de sistemas e

2021, p. 416). De acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 416), o *design* de sistema de disputas pressupõe a inadequação do modelo convencional de solução de conflitos no tratamento de litígios coletivos, sendo possível convencionar, fora do Poder Judiciário, meios mais adequados ao tratamento dos conflitos coletivos. Diego Faleck (2009, p. 8) leciona que o *design* de sistema de disputas confere autonomia às partes para customizarem o procedimento a partir das necessidades do caso, garantindo a eficiência no tratamento do litígio.

A ideia do *design* de sistema de disputas está em consonância com o paradigma do processo constitucionalizado, no qual não basta a disponibilização do procedimento para que se concretize o acesso à justiça, é preciso que o rito seja estruturado de forma a possibilitar a tutela efetiva do direito (THEODORO JR., 2011, p. 241). Nesse passo, além de um procedimento legal flexível, que admita o trânsito de técnicas processuais de acordo com as peculiaridades de cada litígio, enaltece-se o autorregramento das partes, a quem é autorizado customizar o procedimento com a finalidade de melhor atender às suas peculiaridades, observadas as garantias constitucionais mínimas. Desse modo, o *design* de sistema de disputas se insere no contexto de ampliação da concepção de acesso à justiça, que deixa de estar conectada ao mero acesso aos tribunais, com observância a trâmites processuais rígidos, e passa a enxergar o acesso à justiça em sua acepção substancial de consecução da tutela adequada, tempestiva, efetiva e justa do direito (ZANETI JR., 2018a, p. 53).

No entanto, a busca pela maximização do acesso à justiça não pode servir de obstáculo à atuação do Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça a direito, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal decorrente da redação do artigo 5º, inciso XXXV¹¹². Tendo isso em vista o próprio legislador dispôs no artigo 3º, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão estimular métodos de solução consensual de conflito, inclusive no curso do processo judicial, de modo a

processos para gerenciamento de disputas (DSD), também denominado design de litígios e sistemas de disputas.”

¹¹² Quando tratamos de tutela de direitos coletivos, a atuação do Poder Judiciário, ainda que não essencial, mostra-se crucial para a aceitabilidade da solução jurídica adotada, visto que se agrega mais uma instância de controle que contribui para a sua legitimidade político-jurídico, bem como para a sua própria estabilidade.

destacar a possibilidade de diversificação de métodos também dentro da porta do Poder Judiciário, em atenção ao princípio da adequação dos métodos de solução de conflitos. Desse modo, o *design* de sistema de disputas também pode ser desenvolvido no bojo de um processo judicial, sobretudo na fase de cumprimento da medida judicialmente imposta ou homologada, a fim de possibilitar maior eficácia ao provimento jurisdicional. Com efeito, o *design* de sistema de disputas integra o cenário da justiça multiportas, dialogando com mecanismos processuais diversos, motivo pelo qual não raro a sua formulação decorrerá da conjugação de mais de um mecanismo de tratamento de conflitos, agregando técnicas que promovam a participação e diálogo com os interessados e com as instituições públicas de representação.

Nesse contexto, especialmente na execução coletiva, o *design* de sistema de disputas apresenta-se como caminho para a superação de obstáculos advindos da insuficiência das normas específicas que impõem a aplicação direta das regras previstas pelo Código de Processo Civil (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 533). O vácuo legislativo acaba por se tornar campo fértil para a “criação de mecanismos de efetivação da tutela oriunda do processo coletivo, tudo sem a necessidade de alteração legislativa específica” (SILVA, 2019, p. 135).

Portanto, o próprio sistema processual coletivo clama a customização do procedimento em uma marcha que é acompanhada pela desjudicialização do conflito, principalmente daqueles marcados por alta complexidade e/ou conflituosidade, mediante delegação da atividade de execução a uma entidade de infraestrutura específica, também denominada de *claim resolution facility*. De acordo com Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. (2019, p. 449), as entidades de infraestrutura específica (ou *claim resolution facilities*) são “criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas, que judicialmente seriam tratadas como milhares de casos individuais, casos repetitivos ou ações coletivas”. Essa técnica processual advém do direito norte-americano e impõe o reconhecimento anterior da responsabilidade civil do litigante habitual, restando à entidade instituída conhecer apenas sobre questões residuais não resolvidas pelo acordo ou decisão (MCGOVERN, 2005, p. 1362).

Desse modo, propõe-se reduzir a litigiosidade da fase executiva a partir da transferência da arena de debates para fora do processo judicial em um movimento que visa à realização efetiva e tempestiva da tutela coletiva e à desburocratização da fase satisfativa a partir de uma customização objetiva do procedimento baseada nas peculiaridades do caso concreto. Com isso, a *claim resolution facility* promete uma tutela mais rápida do direito, com redução dos custos de transação às partes, que, no contexto brasileiro, decorre sobretudo da diminuição do tempo de tramitação do processo e da melhor canalização dos recursos à satisfação da tutela coletiva. Por outro lado, em termos estritamente formais, a *claim resolution facility* se respalda na adaptabilidade do procedimento decorrente da cláusula geral de negociabilidade processual (artigo 190 do Código de Processo Civil) conjugada com os amplos poderes de gestão processual atribuídos ao magistrado (artigo 139 do Código de Processo Civil), constituindo, em última análise, espécie de *design* de sistema de disputas.

A técnica em si de delegação da atividade executiva a um terceiro externo ao Poder Judiciário não impõe a vinculação a nenhum direito material, razão pela qual é abstratamente aplicável a qualquer espécie de direito coletivo *lato sensu*. Nesse sentido, constitui técnica processual atípica decorrente de cláusula geral presente no procedimento padrão e, portanto, figura “com desenho de baixa (senão nula) influência de direito material”, tornando-a aplicável, em abstrato, a uma enorme gama de direitos (MAZZEI; GONÇALVES, 2020, p. 32). Isso não significa, porém, que o modelo de *claim resolution facility* é adequado a qualquer espécie de execução em processo coletivo, mas tão somente que a sua aplicação é facilitada, devendo ser analisado se a técnica contribui para uma resposta mais eficiente e efetiva do direito em concreto.

Nesse contexto de incentivo à autocomposição, customização do procedimento e delegação da atividade executiva que surge o denominado acordo coletivo *opt-in*, que agrega os três fatores a fim de tornar a tutela coletiva mais efetiva e eficiente. O acordo *opt-in* consiste em ajuste elaborado no âmbito de um procedimento coletivo *opt-out*, mas que, por critérios de adequação e eficiência, franquia-se ao indivíduo a opção de aderir ou não aos termos do acordo. Nesse sentido, é necessário que exista uma estrutura que coordene a implementação do que ficou definido no

acordo, auxiliando os interessados em aderir ao acordo, fornecendo-lhes as informações necessárias e, posteriormente, procedendo o pagamento das indenizações com base nos critérios pré-definidos. Na implementação do acordo *opt-in*, há a formação de uma *claim resolution facility*, ainda que a infraestrutura criada para acolher os interessados e implementar o acordo integre a estrutura do *repeat-player* ou alguma outra entidade pública ou privada, visto que o núcleo designado tem a atribuição específica de efetivar os termos do acordo¹¹³.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 418), os acordos *opt-in* podem ser uma solução “para acordos em direitos individuais homogêneos disponíveis quando cada titular de direito individual decide se quer ou não aderir ao acordo, ainda que a ação originária tenha sido proposta para tutelar e vincular o grupo como um todo (*opt out*)”. Desse modo, ao invés de a liquidação e a execução da decisão coletiva exigir o ajuizamento de demandas individuais de liquidação e execução, cria-se um procedimento extrajudicial para que os beneficiários adiram aos termos pré-definidos no acordo, apresentando a documentação necessária¹¹⁴.

Dessa forma, o acordo *opt-in* busca combinar o modelo de processo coletivo *opt-out*, atendidos os requisitos de legitimidade adequada, representação adequada, tutela integral do direito e adequação da medida adotada, com técnicas de autocomposição e desjudicialização do conflito, apresentando ao indivíduo a escolha de ser beneficiado ou não pelo programa de indenização, sem sequer ter que

¹¹³ A *claim resolution facility* pode ser criada para atender uma finalidade específica, ou mesmo decorrer de atribuição de funções a uma entidade ou órgão preexistente, o que é feito mediante lei, ato administrativo, decisão judicial, convenção processual ou atos conjugados (CABRAL; ZANETI JR, 2019, p. 455-456).

¹¹⁴ Sobre a necessidade de ajuizamento de ação individual para liquidar e executar a decisão coletiva, Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 334) afirma que “Exigir que sempre os indivíduos devam apresentar-se em juízo para ‘execuções individuais’ acaba por retirar com uma mão o que foi dado pela outra: elimina-se a vantagem para o Poder Judiciário de decidir toda a controvérsia de uma só vez; e retira o benefício para indivíduo, referente aos custos da demanda judicial e ao tratamento isonômico.”. No entanto, a meu ver, o comentário ignora que a ordem jurídica brasileira atenua os aspectos técnicos e econômicos do processo judicial a partir da atuação da Defensoria Pública e do benefício da assistência judiciária gratuita, de forma que não me parece razoável afirmar que o regime adotado “dá com uma mão e retira com a outra”; de outro lado, isso não significa que não seja possível (e desejável) o seu aperfeiçoamento. Noutra ponto, ainda é preciso destacar que a tutela coletiva não possui como escopo principal a diminuição de demandas individuais no Poder Judiciário, sendo esse um reflexo da técnica e uma preocupação diretamente conectada à política de administração da justiça. Em suma, o debate travado quanto à tutela coletiva deve estar voltado, em primeiro lugar, à adequação da tutela, assegurando a isonomia entre os envolvidos, e, apenas em segundo instância, relacionada a uma política de administração da justiça, essencial para que os processos se desenvolvam em tempo razoável e com qualidade.

acionar o Poder Judiciário. Nesse sentido, é ainda homenageada a autonomia da vontade do indivíduo que integra o grupo, dando-lhe a oportunidade de decidir, por si mesmo, se aquele acordo lhe é favorável e suficiente; do contrário, remanescem as outras vias de tutela individual de seu direito. Portanto, o modelo de acordo *opt-in* se legitima por dois aspectos principais: primeiro na formulação do acordo na arena democrática do processo coletivo e segundo na liberdade do indivíduo em decidir o rumo de seu direito, não cabendo a imposição da solução jurídica empregada no acordo. No segundo aspecto, é imprescindível que a vontade do indivíduo seja manifestada de forma livre, informada e sem coação (econômica, psicológica etc) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 37; NERY, 2010, p. 49).¹¹⁵

Em linhas gerais, busca-se garantir o direito de opção do titular de direito individual, ao mesmo tempo que se reconhece o processo coletivo como meio mais hábil, do ponto de vista da efetividade do direito, a proporcionar o debate democrático na construção de decisões de grande impacto que envolvem direitos coletivos e a assegurar a isonomia na definição do caso (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2021, p. 294). De outro lado, o acordo *opt-in* também contribui para a administração da justiça, visto que exclui a fase judicial de liquidação e execução individual da decisão ou acordo coletivo pelos titulares de direito individual, contribuindo para a diminuição de influxos de demandas individuais no Poder Judiciário.

O modelo de acordo *opt-in* encontra-se em consonância com o paradigma processual que se apresenta na atualidade, pois visa a conjugar o processo coletivo tradicional, com todas as ferramentas que lhe são próprias e que lhe constituem como arena de debate público (principalmente a legitimidade adequada e representação adequada) e a técnica de desjudicialização da fase executiva, de forma que a decisão ou o acordo coletivo seja efetivado fora da máquina pública, contribuindo para o descongestionamento do Poder Judiciário, ao mesmo tempo que assegura uma tutela mais justa, mais rápida e mais barata. Decerto, o acordo *opt-in*

¹¹⁵ Conforme elucidam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 37), também no âmbito dos acordos coletivos é imprescindível a observância dos princípios dispostos no artigo 166 do Código de Processo Civil: “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”. Nesse sentido, a autonomia da vontade pressupõe o poder de autodeterminação e autovinculação (NERY, 2010, p. 49), motivo pelo qual o indivíduo não pode ser coagido a aderir ao acordo *opt-in*, sendo-lhe resguardada a opção de acionar o Poder Judiciário, caso não considere a proposta adequada e/ou suficiente.

atende aos dois requisitos destacados por Elton Venturi (2016, p. 414) como fundamentais à tutela dos direitos indisponíveis: coordenação entre o respeito à autonomia privada – na fase de elaboração do acordo coletivo (pela observância de critérios de legitimidade adequada e representação adequada) e na fase de implementação do acordo (pela garantia de liberdade de adesão do indivíduo) – e os interesses sociais (pela observância ao princípio da reparação integral do dano, próprio do processo coletivo).

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o tema da participação no âmbito do processo coletivo brasileiro, compatibilizando-o com a premissa de essencialidade do elemento participativo no processo democrático e apontando, assim, a necessidade de refletir sobre a diversificação dos meios de participação, seja pelo aprimoramento de técnicas tradicionais como a legitimação coletiva, seja pela implementação de outros mecanismos de participação dos grupos que combinem técnicas tradicionais e contemporâneas, judiciais e extrajudiciais, de forma a contribuir para a justiça e para o fortalecimento da legitimação jurídico-política das soluções adotadas.

Para tanto, partimos de balizas constitucionais que revelam que a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito com feições de uma democracia participativa, sedimentando a *participação* como elemento essencial ao exercício do poder legítimo do Estado. Nesse cenário, a abertura à participação é a pedra de toque de todo o exercício de poder, apontando para a promoção de instrumentos de participação popular que não se restrinjam à representação político-eleitoral tradicional, mas que privilegiem a participação direta ou por grupos intermediários. Nesse sentido, o Poder Judiciário como parte integrante do Estado também deve implementar técnicas participativas na tomada de decisão a fim de garantir a legitimidade democrática da sua atuação, o que é materializado, primordialmente, por intermédio do princípio do contraditório.

Desse modo, a concepção de democracia participativa influi na própria concepção de contraditório que deixa de ter função meramente técnico-formal e passa a se preocupar com o fomento da efetiva participação no exercício da atividade jurisdicional, situando o juiz em posição simétrica à das partes, a fim de que partes e juiz possam atuar em cooperação para o desfecho do processo. Nesse contexto, o contraditório passa a representar a própria democracia no processo.

Especificamente na hipótese do processo coletivo, a estruturação do contraditório não posiciona os destinatários do provimento jurisdicional como partes formais no processo, o que, contudo, não significa ausência de participação. O contraditório, compreendido como direito de influência e dever de debates, permite concluir que o

seu exercício pode ser satisfeito pela atuação adequada do legitimado coletivo e pela adoção de outros mecanismos de participação que introduzam a narrativa do grupo na dialética do processo. Nesse sentido, o preceito participativo no processo coletivo não é dado apenas a partir da participação em contraditório das partes no processo (legitimação *ad causam*), mas também por outros mecanismos de participação, formais e informais, diretos e indiretos, que dão voz ao grupo e permitem que se forme, no âmbito do processo coletivo, verdadeiro espaço deliberativo de participação da sociedade nos processos decisórios do Estado.

Assim, buscou-se compreender o modelo de legitimação adotado no processo coletivo brasileiro. A partir da conceituação de legitimidade, foi analisado o tipo de legitimação *ad causam* empregado no processo coletivo, concluindo que se verifica que, em regra, a legitimação *ad causam* não é conferida ao titular do direito, motivo pelo qual é ela denominada de legitimação extraordinária. Ademais, as características da legitimação coletiva ainda lhe enquadram na espécie *legitimação extraordinária por substituição processual*, conferindo ao legitimado coletivo autonomia na condução do processo e resguardando-lhe discricionariedade para definir as estratégias processuais que considera mais adequadas para a proteção do direito do grupo. Ao final, ainda se discutiu a hipótese da legitimação coletiva do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, com o objetivo primordial de destacar que, não obstante a substituição processual seja a regra da legitimação coletiva, ela não exclui outros mecanismos de legitimação que visem à tutela dos direitos coletivos.

Em seguida, o trabalho visa a uma análise constitucionalizada do contraditório no processo coletivo, apontando para a necessidade de atuação do legitimado coletivo e o diálogo com os grupos. Dessa forma, adota-se a proposta de Fonseca, Zaneti Jr. e Schimidt (2021, p. 1.043-1.044) de cisão da expressão *representatividade adequada* em duas outras: legitimidade adequada e representação adequada. A legitimidade adequada possui como enfoque o controle da atuação do condutor do processo coletivo a fim de verificar se o legitimado coletivo é apto a conduzir o processo a uma solução adequada e justa do conflito coletivo que se apresenta; e a representação adequada se volta à busca por diálogo com os grupos e outros interessados que possam contribuir com a solução jurídica do conflito coletivo de

modo que o processo considere as diferentes narrativas do litígio e, assim, tendo conhecimento dos fatos, seja possível alcançar a melhor solução jurídica ao caso.

Nesse diapasão, conclui-se que o modelo de legitimação coletiva no Brasil é imprescindível para viabilizar a proteção dos direitos dos grupos, permanecendo como a principal técnica de participação no processo coletivo, no entanto é ela complementada por outros mecanismos de participação que garantem que a atuação do legitimado coletivo seja condizente com a realidade. Em suma, reconhece-se que o contraditório precisa ultrapassar o diálogo entre as partes, tornando o processo um ambiente democrático que oportunize a influência dos grupos na construção da decisão. A contrário senso, não é possível conceber um processo coletivo que exclua os grupos do debate, tanto do ponto de vista da democracia participativa, que não legitima instrumentos antidemocráticos, quanto do ponto de vista pragmático, pois a ausência de representação adequada impacta a aceitabilidade da decisão e, por conseguinte, incentiva a litigiosidade.

Tendo em vista a importância da legitimação extraordinária para a tutela adequada dos direitos coletivos, o deslocamento do grupo para o centro da tutela coletiva e o reconhecimento de que a sua participação é fundamental para a redução da litigiosidade coletiva, discutiu-se a diversificação dos meios de tratamento de conflitos, mediante o incentivo à adoção de mecanismos autocompositivos. Nesse contexto, foi analisado o modelo de acordo *opt-in*, tendo-o como hipótese que coordena o respeito à autonomia privada – na fase de elaboração do acordo coletivo (pela observância de critérios de legitimidade adequada e representação adequada) e na fase de implementação do acordo (pela garantia de liberdade de adesão do indivíduo) – e os interesses sociais (pela observância ao princípio da reparação integral do dano, próprio do processo coletivo), sendo considerada, portanto, técnica passível de contribuir para uma tutela mais justa, mais rápida e mais barata.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e privado por uma summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I). *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 77-97, jul/set, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o contraditório. *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-39, 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além dos interesses individuais homogêneos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ARRUDA ALVIM, José Manuel; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de processo*, São Paulo, n. 304, p. 17-37, 2020.

ASSIS, Araken de. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 404, p. 41-55, 1969.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019: Ano-base 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 11 ago.2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo, Takemi; GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, v. 287, p. 445-483, jan/2019.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CÂNDIA, Eduardo. *Legitimidade ativa na ação civil pública*. Salvador: JusPodvm, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006.

COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. SALLES, Carlos Alberto de (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques. A representatividade adequada e litisconsórcio: o Projeto de Lei n. 5.139/2009. GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, p. 619-642, 2010.

COTA, Samuel Paiva. *Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais*. 2019. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Minas Gerais, 2019.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. *Técnicas processuais estruturais e processualismo constitucional democrático: proposta de um modelo para a construção participada da solução para os litígios de direito público*. 2021. 359f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-225, ago./2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 22 ed. Salvador: JusPodvm, 2020, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodvm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9), p. 35-66.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 18. ed. Salvador: JusPodvm, 2021, v. 4.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros do grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, v.10, n.1, p. 51-73, jan.-abr./2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2020, v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi I.; LOPES, Bruno V. Carrilho. *Teoria geral do processo*. 33. ed. Salvador: JusPodvm, 2021.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: câmara de indenização 3054. São Paulo: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 23, jul./set. 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2015.

FICANHA, Gresiéli Taíse. O direito fundamental de participação como fator de legitimidade democrática do poder judiciário: uma perspectiva hermenêutica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 965, p. 1-15, mar./2016.

FONSECA, Bruno Borges G. da; ZANETI JR., Hermes; SCHIMIDT, Rafaella. Algumas reflexões sobre a legitimação adequada e a representação adequada na celebração do compromisso de ajustamento de conduta a partir do desastre do Rio Doce. DANTAS, Marcelo N. R.; RIBEIRO, Paulo Dias de M.; DIP, Ricardo Henry Marques; ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Teresa; FERREIRA, Eduardo Alves; CUNHA, Igor Martins da; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de (coords.). *Temas atuais de Direito Processual: estudos em homenagem ao Professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.037-1.074, 2021.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FREIRE JR., Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo coletivo: a codificação nas ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antonio. O projeto CNJ de lei de ação civil pública: avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 25–75, jan./abr. 2021.

GODINHO, Robson Renault. Comentários aos arts. 70 a 76. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ações populares e participação política. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 180-189.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (Coleção Esquematizado).

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 277-295.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 5-15, dez. 1990.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. 2009. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidade. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 212-226.

HOEPERS, Kendra Corrêa Barão. *A legítima participação dos litigantes no processo civil sob o enfoque da Constituição Federal*. 2010. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Paraná, 2010.

JEULAND, Emmanuel. Change of parties: representation, substitution, assignment. STADLER, Astrid; JEULAND, Emmanuel; SMITH, Vicent. *Collective and mass litigation in Europe: Model Rules for effective dispute resolution*. Massachusetts/USA: Elgar Online, 2019, p. 66-87.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005, p. 298-318.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MATTIOLI, Maria Cristina. Ainda sobre a substituição processual. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo, n. 5, p. 105-109, 1994.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos?. JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Chistiana Vieira; REZENDE, Estes Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (orgs.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, 2017, p. 113-128.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 19-35.

MCGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus curiae: o melhor aproveitamento a partir das diferentes funções instrutória e representativa*. 2019. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no Direito brasileiro*. 2010. 714f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista dos Tribunais*, v. 2, p. 83 – 97, jul/dez, 2015.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, ano 35, p. 47-52, mai., 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política – legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: JusPodvm, 2018.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

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. DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 327-364.

RAMALHO, Maria Isabel. *Legitimidade para agir*. São Paulo, 2007. 306f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4 ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 4. ed. Iduatuba: Editora Foco, 2021.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, v. 208, p. 125-146, jun., 2012.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante. *A desjudicialização da execução individual no processo coletivo: uma proposta para conferir efetividade à tutela coletiva*. 2019. 209f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Larissa de Almeida. O direito à participação ao processo como fundamento de legitimação da jurisdição no Estado Democrático Constitucional. VI CONGRESSO INTERNACIONAL UFES/PARIS-EST, VI, n. 6, 2017, Vitória, *Anais do VI Congresso Internacional Ufes/Paris-Est*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, p. 654-665.

TALAMINI, Eduardo. O amicus curiae e as novas caras da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, ano 20, n. 79, p. 133-185, jan./mar., 2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodvm, 2020.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodvm, 2020.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, v. 87, p. 1.137-1.203, 2009.

THEODORO JR., Humberto. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, p. 237-263, abr./jun. 2011.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodvm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9), p. 405-429.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar Barros. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. Salvador: Juspodvm, 2022.

ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletiva: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Videre*, Dourados/MS, ano 2, n. 3, p. 101-111, jan./jun. 2010.

ZANETI JR. Hermes. *O Ministério Público e o novo processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2018a.

ZANETI Jr., Hermes. *O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE NORATO, Ester Camila Gomes (orgs.). *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018b, p. 142-153.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. ed. 4. Salvador: Juspodvm, 2019.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente, da teoria do processo ao Código de Processo Civil 2015*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2021a.

ZANETI JR. Hermes. *O Ministério Público e o processo civil contemporâneo*. Salvador: Juspodvm, 2021b.

ZANETI JR., Hermes. A liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos por decisão mandamental e o acesso à justiça: homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETI JR., Hermes; REICHELDT, Luíz Alberto; JOBIM, Marco Félix; DOTTE, Rogéria. *Coletivização e unidade do direito: estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. v. III. Londrina: Thoth, 2022.

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 309-325.

ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.