



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

TATIANA MAROCCI LIMA BONIFACIO

**A APLICABILIDADE DAS TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS
DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À ARBITRAGEM COLETIVA
SOCIETÁRIA**

Salvador - Bahia
2021

TATIANA MAROCCI LIMA BONIFACIO

**A APLICABILIDADE DAS TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS
DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À ARBITRAGEM COLETIVA
SOCIETÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Salvador - Bahia
2021

TATIANA MAROCCI LIMA BONIFACIO

**A APLICABILIDADE DAS TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS
DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À ARBITRAGEM COLETIVA
SOCIETÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 16 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Fredie Didier Jr.

Livre-Docente em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pós Doutor pela Universidade de Lisboa

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

1º Examinador: Prof. Eduardo Lima Sodré

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

2º Examinador: Prof. Edilton Meireles

Pós Doutor pela Universidade de Lisboa

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

AGRADECIMENTOS

Como dizia Vinícius de Moraes, *a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida.*

Eu tinha certeza que não seria uma tarefa fácil escrever um trabalho de conclusão de curso e finalizar essa primeira etapa acadêmica (de muitas ainda, eu espero). Mas eu nunca poderia imaginar o cenário em que estaria o mundo durante essa escrita no fim desse ciclo. Escrever um TCC no meio de uma pandemia: bibliotecas fechadas, faculdades à distância, cafés fechados, professores, amigos, família e colegas também à distância, sem conversas, abraços e sem encontros presenciais. Foram muitos *desencontros*. Desencontros de gente, de livros e de conversas.

Mas apesar de todos os obstáculos da vida (somados ao da vida pandêmica), a caminhada foi muito boa e eu tive o privilégio e sorte de encontrar pessoas incríveis nessa trajetória. E tudo isso só foi possível graças a esses *encontros*, os quais eu preciso agradecer, imensamente.

Em primeiro lugar, agradecer aos meus pais, José Antônio de Oliveira Bonifácio e Patrícia Marocci Lima Bonifácio, que para além de agradecer por tudo que sou hoje, preciso agradecer pelo apoio incondicional, sempre, em todas as escolhas que fiz na minha jornada. Por confiarem no caminho que escolhi, mesmo sendo tão diferente do que eles imaginavam e acreditavam. Mais que isso, por serem minha base de apoio em todos os dias difíceis e atribulados. Por entenderem minha ausência e por se preocuparem. Por nunca *desencontrarmos*.

Ao meu companheiro de trajetória, ao meu melhor amigo e ao meu amor, Matheus Mendes, por viver esse momento ao meu lado, por sempre me ouvir e estar disposto a discutir minhas ideias. Obrigada pela calma que é nosso amor e por ser meu grande incentivador. Encontrar você no início da trajetória da Faculdade e viver todas as fases da graduação foi uma felicidade. Foi meu melhor encontro.

À minha família que sempre torce muito por mim, vibra a cada conquista e me incentiva à seguir caminhando nessa jornada. Agradecer, em especial, ao meu avô Airton e a minha madrinha, Cida, por me inspirarem a entrar no mundo da advocacia. Vocês foram as minhas primeiras inspirações. Foi esse encontro que me fez escolher direito e, por isso, sou muito grata. Sei, hoje, que não havia outra escolha.

Ao meu orientador, Professor Fredie Didier Jr., por ter me dado a honra de aceitar o convite para ser meu orientador ainda na graduação. É realmente um privilégio aprender com você. Mais que isso, por ter inspirado o tema desse trabalho com suas ideias e livros. Suas ideias

inspiram diversos alunos no Brasil inteiro. Agradeço por ser meu mestre e tanto me inspirar. Esse encontro foi uma honra para mim.

Ao Professor Eduardo Sodré, por ter me apresentado na graduação o mundo do direito processual civil. E por ter mudado a minha visão sobre ele. Professores marcam a vida dos alunos que encontram e os auxiliam a construir seus caminhos, e, sem dúvidas, você marcou a minha graduação. O seu talento para docência e para a advocacia é inspirador. Agradeço por ter aceitado o convite de compor a banca avaliadora desse trabalho, mesmo em um semestre tão difícil.

Ao Professor Edilton Meireles, pela honra de ter aceitado o convite para compor minha banca avaliadora. Agradecer também por ter, gentilmente, me emprestado muitos livros de sua biblioteca durante o semestre, que contribuíram imensamente para a elaboração de muitos pontos desse trabalho.

Ao escritório Didier, Sodré & Rosa, em especial à Layanna Piau, pela preocupação, pelo carinho e pela parceria de todos os dias. Só posso agradecer por tudo que aprendo ao seu lado, como profissional e como pessoa. Além de agradecer a compreensão de minha ausência durante os últimos dias.

Aos meus amigos da Egrégia Faculdade de Direito da UFBA, em especial Maria Joana, Ana Beatriz Hess, Pedro Oliveira, Juliana Machado, Roberta Guimarães e Felipe Vieira, que passaram por essa longa jornada comigo. Agradecer principalmente por tornar todos os momentos difíceis e angustiantes em momentos leves e engraçados. A leveza que trouxe esses encontros não tem preço.

À Carol Meireles e Taina Cardoso, por serem amigas tão presentes na minha rotina e no meu dia, pela preocupação e apoio, não importa o quão atarefadas também estivessem. Assim como Alana e Carolzinha, todas vocês são advogadas que me inspiram e ter acompanhado antes o caminho de vocês nessa etapa me ensinou muito.

Aos meus tantos outros amigos da equipe de arbitragem empresarial do NCI, que sempre me ensinaram e incentivaram muito, em especial Pedro Rebouças, Guilherme Lamego, Gustavo Lamego, Renata Rego, Luiza, Matheus Diniz, e outros aqui já citados.

As minhas amigas há muitos anos do Sartre, Nessa, Mari, Sodré, Bia, Cat, Diaz e Leite, que mesmo de longe sempre torcem e comemoram comigo todas às conquistas. Em especial à Fernanda Kraychete, por viver, ainda que de outra faculdade, o caminho da graduação em direito ao meu lado e por tudo que sempre compartilhamos.

Por fim, a Faculdade de Direito da UFBA, que foi minha casa durante esses cinco anos de graduação e por ter permitido e tornado possível muitos desses encontros.

Foi a arte de todos esses encontros que possibilitaram a escrita desse trabalho, espero que gostem da leitura.

BONIFACIO, Tatiana Marocci Lima. **A aplicabilidade das técnicas especiais obrigatórias da ação civil pública à arbitragem coletiva societária.** Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade das técnicas especiais obrigatórias da ação civil pública nas arbitragens coletivas societárias e, dessa forma, auxiliar na estruturação das bases de um processo arbitral coletivo brasileiro. Para que fossem analisadas as técnicas especiais da ação civil pública, foram estudadas algumas premissas acerca das técnicas processuais. Em seguida, foi feita toda uma análise relativa ao processo coletivo no âmbito da jurisdição estatal, estudando, especificamente, o procedimento da ação civil pública para tutela coletiva de investidores e cada uma das suas técnicas especiais obrigatórias, como a legitimidade *ad causam*, a intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos iuris*, a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários como *amicus curiae*, a publicidade dos atos processuais e a coisa julgada. Foi analisado, especificamente, o funcionamento dessas técnicas no âmbito do processo estatal e se compõem a essência do procedimento da ação civil pública. Na sequência, foi feito um breve estudo sobre alguns aspectos da arbitragem coletiva como meio adequado de solução de conflitos envolvendo danos cometidos no mercado de capitais, com intuito de proteger os investidores. Assim, foi possível analisar a compatibilidade e possibilidade de aplicação das técnicas especiais obrigatórias da ação civil pública para tutela coletiva de investidores na arbitragem coletiva societária. Por fim, com base na análise quanto a compatibilidade das técnicas, propõe um modelo de regulamento para ser utilizado pelas câmaras de arbitragem, bem como outras soluções para melhorar a segurança jurídica do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA COLETIVA DOS INVESTIDORES. ARBITRAGEM COLETIVA. MERCADO DE CAPITAIS.

BONIFACIO, Tatiana Marocci Lima. **The applicability of mandatory special techniques of public civil action to corporate collective arbitration.** Thesis (Graduation, Law School). Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the applicability of special mandatory techniques of public civil action in corporate collective arbitrations and, in this way, assist in structuring the bases of a Brazilian collective arbitration process. In order to analyze the special techniques of public civil action, some assumptions about procedural techniques were studied. Then, an entire analysis was carried out concerning the collective process under the state jurisdiction, specifically studying the procedure of public civil action for collective protection of investors and each of its special mandatory techniques, such as legitimacy *ad causam*, intervention of the Public Prosecutor's Office in the quality of *iuris custos*, the intervention of the Brazilian Securities Commission as *amicus curiae*, publicity of procedural acts and *res judicata*. Specifically, the functioning of these techniques in the scope of the state process was analyzed and they comprise the essence of the procedure of the public civil action. Next, a brief study was carried out on some aspects of collective arbitration as an adequate means of resolving conflicts involving damages committed in the capital market, with the aim of protecting investors. Thus, it was possible to analyze the compatibility and possibility of applying the special mandatory techniques of public civil action for collective protection of investors in corporate collective arbitration. Finally, based on the analysis of the compatibility of the techniques, it proposes a model of regulation to be used by arbitration chambers, as well as other solutions to improve the institute's legal certainty.

KEYWORDS: SPECIAL MANDATORY TECHNIQUES. PUBLIC CIVIL ACTION. COLLECTIVE GUARDIANSHIP OF INVESTORS. COLLECTIVE ARBITRATION. CAPITAL MARKET.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TÉCNICAS ESPECIAIS	13
2.1	PROCEDIMENTO COMUM E OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS	13
2.1.1	Conceitos e aspectos introdutórios	13
2.1.2	Histórico do procedimento comum e dos procedimentos especiais	17
2.1.3	O procedimento comum e os procedimentos especiais na doutrina clássica brasileira	21
2.1.4	Sobre a flexibilização procedimental na vigência do CPC/1973	22
2.1.5	O procedimento comum e os procedimentos especiais de acordo com o CPC/2015	24
2.1.6	A evolução da relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais	27
2.2	AS TÉCNICAS PROCESSUAIS	30
2.2.1	Conceito	30
2.2.2	Técnicas processuais comuns e as técnicas processuais especiais	33
2.2.3	Técnicas especiais obrigatórias e técnicas especiais facultativas	34
3	SOBRE O PROCEDIMENTO ESPECIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SUAS TÉCNICAS ESPECIAIS	39
3.1	ASPECTOS GERAIS DOS PROCESSOS COLETIVOS	39
3.1.1	Histórico	39
3.1.2	Direitos coletivos <i>latu sensu</i> e possíveis classificações e distinções	43
3.1.3	Principais Conceitos: processo coletivo, tutela coletiva e ação coletiva	49
3.2	AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	50
3.2.1	Características Gerais	51
3.2.2	A ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários	52
3.2.2.1	Aspectos introdutórios e necessidade da criação da Lei n. 7.913/1989	52
3.2.2.2	Dispositivos e peculiaridades do procedimento. A questão da legitimidade extraordinária do Ministério Público	55
3.2.3	As técnicas <i>diferenciadas</i> da ação civil pública e uma análise acerca da sua <i>essencialidade</i>	59
3.2.3.1	Legitimidade <i>ad causam</i>	59
3.2.3.2	Intervenção de Terceiros	65
3.2.3.2.1	<i>Conceito de Parte e de Terceiro</i>	65
3.2.3.2.2	A Participação do Ministério Público como <i>custos iuris</i>	67

3.2.3.2.3. A Participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como <i>amicus curiae</i>	70
4 ARBITRAGEM COLETIVA SOCIETÁRIA	74
4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	75
4.2 A APLICABILIDADE DAS TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ARBITRAGEM COLETIVA SOCIETÁRIA.....	78
4.2.1 Legitimidade <i>ad causam</i>	79
4.2.2 Intervenção de Terceiros	84
4.2.2.1 A Participação do Ministério Público como <i>custos iuris</i>	86
4.2.2.2 A Participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como <i>amicus curiae</i>	89
5 CONCLUSÃO	92
6 REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O Mercado de Capitais é um importante espelho da economia de um país. Isso porque as operações que ocorrem no mercado (em especial no de ações) são fundamentais para o desenvolvimento do país. Ao analisar os instrumentos que compõe o mercado de capitais pode-se compreender não só a economia, como também o comportamento de uma determinada sociedade. Uma economia forte precisa de um mercado de capitais seguro e confiável. Essa confiança é inspirada principalmente quando os investidores se sentem seguros em colocar o seu dinheiro nesse mercado, ou seja, investir.

O Brasil definitivamente não é um país que inspire muita confiança. Por mais que práticas de *compliance* sejam cada vez mais rígidas e frequentes nas sociedades, o país segue sendo palco de constantes escândalos de corrupção, *insider trading* e outros ilícitos envolvendo o mercado de capitais. Até mesmo no último ano, marcado pela pandemia causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), a situação não foi diferente.

Dessa forma, para além de criar mecanismos de prevenção desses ilícitos por meio da obrigatoriedade de instituição de regras de governança corporativa e *compliance* nas sociedades, também é preciso cuidar para que, caso ocorram, sejam devidamente resolvidos e seus danos minimizados da maneira mais ágil possível. É de interesse tanto da companhia, quanto dos investidores lesados que o conflito se resolva o mais rápido possível.

Mais ainda: é de fundamental importância para a credibilidade do mercado de capitais que os investidores sejam indenizados de forma adequada pelos eventuais danos sofridos por ilícitos praticados no mercado de valores mobiliários. São essas as razões que justificam a necessidade de estudarmos os meios adequados de resolução de conflitos coletivos envolvendo lesões aos investidores como a arbitragem.

Não se pretende discutir neste trabalho o cabimento ou não da arbitragem coletiva societária, tendo em vista que já se tem notícia de algumas arbitragens coletivas societárias em andamento no Brasil. Entende-se que essa premissa já se encontra bem sedimentada. Ainda há terreno fértil, contudo, para se discutir o *procedimento* através do qual serão realizadas arbitragens coletivas societárias. Para tanto, é necessário voltar o olhar para o processo coletivo estatal brasileiro.

A proposta aqui trazida não é a de aplicação direta das leis provenientes do microsistema processual coletivo nos procedimentos arbitrais coletivos. Contudo, não há razão para que os procedimentos arbitrais fechem os olhos à experiência conquistada pelo processo

estatal nos últimos anos em relação aos processos coletivos, especialmente por ser a atual legislação coletiva digna de aplausos em diversos pontos.

Com o objetivo de estudar o procedimento da ação civil pública, trilha-se um caminho do macro ao micro, adotando-se um diagnóstico das técnicas processuais que compõem tal procedimento, em especial aquelas que se distinguem das técnicas utilizadas no procedimento padrão do Código de Processo Civil.

Como primeiro passo, no segundo capítulo desse trabalho, fixam-se as bases teóricas necessárias a compreender, de acordo com a teoria geral do processo, a relação entre procedimento e técnica processual. Com esse parâmetro bem delineado, observam-se as relações entre os procedimentos e o método de identificação das técnicas diferenciadas obrigatórias nos procedimentos especiais.

Do método segue-se à prática. Como passo seguinte, no terceiro capítulo desse trabalho, identificam-se as técnicas processuais que compõem o procedimento da ação civil pública e, dentre elas, são pinçadas as técnicas diferenciadas obrigatórias. A partir desse ponto, as técnicas passam a ser o foco do presente estudo, de modo a serem avaliadas, detalhadamente, em todas as suas características e propriedades. Realiza-se, portanto, uma análise da legitimidade *ad causam*, intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos iuris*, intervenção da Comissão de Valores Mobiliários como *amicus curiae*, publicidade dos atos processuais e coisa julgada no âmbito das ações civis públicas.

No quarto capítulo, o último passo é dado. Não apenas demonstra-se que a arbitragem coletiva é efetivamente um meio adequado de solução de conflitos envolvendo danos cometidos contra investidores no mercado de capitais, como também se analisa a compatibilidade e possibilidade de aplicação das técnicas especiais obrigatórias da ação civil pública na arbitragem coletiva societária, de modo a aprimorar o procedimento arbitral.

Direciona-se, portanto, ao início desse trajeto.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TÉCNICAS ESPECIAIS

Para analisar às técnicas diferenciadas da Ação Civil Pública que seriam ou não aplicáveis a um procedimento de arbitragem coletiva societária, é preciso, preliminarmente, estabelecer alguns pressupostos e analisar alguns conceitos relativos às técnicas diferenciadas (ou especiais).

2.1 PROCEDIMENTO COMUM E OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Inicialmente, serão feitas algumas considerações sobre os procedimentos - gênero do qual são espécies o procedimento comum e os procedimentos especiais¹.

2.1.1 Conceitos e aspectos introdutórios

Antes de adentrar nas diferentes formas que a doutrina compreende essas espécies, faz-se necessário tecer algumas breves considerações.

Primeiro, é preciso analisar qual o conceito de *procedimento*.

Por muito tempo, a doutrina brasileira - muito inspirada na doutrina italiana² - se debruçou sobre a tentativa de diferenciar processo e procedimento, com a criação de inúmeros critérios para distingui-los³. Inclusive, até hoje, muitos autores ainda defendem essa diferenciação⁴. À título de exemplo, os professores Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Lopes

¹ CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 78.

² Na doutrina italiana, alguns foram os autores que discorreram acerca da diferença entre os conceitos de processo e procedimento, tais como: CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Diritto Processuale civile*, v. 01. [Trad. Esp. Santiago Sentis Melendo. Instituciones de Derecho Procesal civil]. Buenos Aires: Ejea, 1962, p. 317-324; FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milão: Giuffrè, 1957, p. 110; CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. v. 1. 2.ed. Traducción de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1973, p. 419-420.

³ À título de exemplo, podemos destacar o critério da complexidade (ou totalidade), o critério do objeto, o critério teleológico (ou formal), critério da estrutura dialética. Sobre cada um desses critérios e porque não se sustentam ver: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional Brasileiro*. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 137-150. Sobre os diferentes posicionamentos clássicos de distinção de processo e procedimento ver: NALINI, José Renato. *Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional*. *Revista dos Tribunais*, v. 730. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 673-688.

⁴ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 70-71. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 446 e ss. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Garrilho; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 339 e ss; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do*

e Gustavo Badaró, afirmam que o processo seria um instrumento de poder “encarado pelo dúplice aspecto: (a) dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e (b) das relações entre seus sujeitos”; por outro lado, o procedimento seria “o meio extrínseco” pelo qual o processo se desenvolve, isto é, o procedimento seria apenas a sucessão dos atos⁵.

No Brasil, a continuidade dessas árduas tentativas de diferenciação dos institutos ocorre principalmente em decorrência da má escolha do legislador constituinte em empregar tais conceitos para fins de critério de repartição de competência legislativa. Isto porque o art. 22, inciso I da Constituição Federal (“CF”) determina que é de competência privativa da União legislar sobre *direito processual*. Por outro lado, o art. 24, inciso XI da CF preceitua que é de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre *procedimentos*. E assim, movimentados pela suposta diferenciação de competência feita pela CF que diversas teorias e critérios de diferenciação do que seria norma de processo e norma de procedimento ainda subsistem.

Inclusive, nessa linha, o professor Heitor Sica faz uma crítica à equivocada utilização pelo legislador do termo “procedimentos especiais”, eis que muitos procedimentos especiais têm regras específicas sobre legitimação, competência, coisa julgada, entre outras normas que para o autor, teriam o caráter processual e não procedimental⁶.

Contudo, nas palavras da professora Paula Sarno todos esses critérios que buscam a diferenciação entre processo e procedimento “são inconsistentes e falham na árdua missão assumida”⁷. Para a autora, *processo* e *procedimento* são “noções indissociáveis entre si”⁸, de modo que não há que se falar em diferenciação entre os institutos. Na mesma linha, o professor Társis Cerqueira defende que processo e procedimento são “essencialmente iguais”⁹.

procedimento em matéria processual). 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 41 e ss.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Garrilho; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 339.

⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. *Revista de Processo*. v. 208, 2012, p. 64-67.

⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional Brasileiro*. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 230.

⁸ “Processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si. Legislar sobre um significa legislar sobre o outro. Dessa forma, normas de processo e normas de procedimento têm o mesmo objeto e papel, sendo, portanto, coincidentes entre si. Disciplinam o exercício procedimental da jurisdição em contraditório, abrangendo todos os seus atos e fatos, em sua existência, validade e eficácia. Assim, ambas integram o “direito processual” (art. 22, I, CF) e referem-se ao fenômeno do “processo” (art. 24, X, CF) e do “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF), não havendo distinção entre elas que sirva de critério para repartir a competência legislativa.” (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional Brasileiro*. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 433).

⁹ CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 57.

Essa também é a posição adotada neste trabalho: o conceito de procedimento está intimamente ligado ao conceito de processo e não há razão para diferenciá-los. Na perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, o processo e o procedimento são entendidos como um *ato jurídico complexo*¹⁰. O procedimento é um ato jurídico complexo de formação sucessiva¹¹. Nas palavras do Professor Fredie Didier Jr., é o “conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional”¹². Sendo assim, as críticas relacionadas a utilização da expressão “procedimentos especiais” (ou ainda “processos especiais”) não são pertinentes, diante da identidade dos institutos.

Esse conceito de procedimento trata-se de um conceito lógico-jurídico (também chamado de fundamental) produto da Teoria Geral do Processo¹³, ou seja, um conceito comum a todos os ordenamentos jurídicos, denominados de conceitos lógico-jurídicos ou fundamentais. Tratam-se de conceitos obtidos *a priori*, pois são dedutíveis a partir da razão e ideias pré-concebidas¹⁴ e não a partir de uma análise de determinada realidade. Por isso que, não importa a partir de qual ordenamento se produza, o conceito será sempre o mesmo. Eles possuem pretensão de serem universais¹⁵ e de serem válidos constantemente, independe da análise de determinado direito positivo¹⁶.

Por outro lado, o conceito de procedimento comum e o conceito de procedimentos especiais são extraídos a partir da observação do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, tanto o conceito de procedimento comum, quanto de procedimento especial, tratam-se de conceitos jurídicos-positivos. Esses são aqueles “construído[s] a partir da observação de uma determinada realidade normativa”¹⁷. Portanto, apenas é aplicável a determinado ordenamento jurídico (neste caso, apenas ao ordenamento jurídico brasileiro).

Contudo, no Brasil, não há um consenso na doutrina acerca do conceito de procedimento comum. Existem dois possíveis conceitos, dependendo do parâmetro analisado e considerado¹⁸.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 39.

¹¹ CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124.

¹² DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 39-40.

¹³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 40.

¹⁴ TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 1977, p. 81.

¹⁵ TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18. ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81.

¹⁶ GARRIDO, Jose Antônio. Sobre conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. *Revista do Programa de pós-graduação em direito na UFBA*. N. 13. Ano 2006, Salvador, p. 131.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 53.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 18 e ss.

Em uma primeira visão, considera-se o procedimento comum, aquele disposto no CPC como tal (art. 318 e ss., CPC). Esse procedimento, conforme dispõe o próprio código aplica-se a todas as causas, com exceção daquelas que são submetidas a procedimento especial. Mas até mesmo nesses casos excepcionais, aplica-se o procedimento comum de forma subsidiária. Isto é, havendo lacunas no regramento do procedimento especial, deve-se utilizar as regras previstas para o procedimento comum (art. 318, parágrafo único, CPC).

Por óbvio, o conceito adotado para procedimento comum produz consequências no conceito adotado para procedimentos especiais. Aqui, portanto, entende-se que o procedimento especial seria “todo aquele que não seja o procedimento comum previsto no CPC”¹⁹. À título de exemplo, seria considerado procedimento especial a Ação Civil Pública.

Em uma segunda visão, considera-se procedimento comum os procedimentos que forem padrões, não somente o procedimento comum do CPC. Noutras palavras, o procedimento comum seria o procedimento geral e básico dentro de determinado microsistema²⁰.

Já aqui, a Ação Civil Pública seria um procedimento comum do microsistema de processos coletivos, enquanto que o procedimento de improbidade seria considerado um procedimento especial desse mesmo microsistema coletivo. Diz-se que a ação de improbidade seria um procedimento especialíssimo ou especial de segundo grau²¹.

Sendo assim, existiriam diversos “procedimentos comuns”, como, por exemplo, o procedimento comum de conhecimento, procedimento comum de execução, procedimento comum de ações coletivas, procedimento comum de jurisdição voluntária, entre outros. Por consequência, também pode-se falar em diversos procedimentos especiais: procedimentos especiais de conhecimento, procedimentos especiais de execução, de jurisdição voluntária, entre outros.

Veja que nessa segunda visão é necessário estabelecer e delimitar um parâmetro antes de definir se um procedimento seria comum ou especial²². Aqui, parece-nos mais didática a primeira visão, enquanto a segunda, por sua vez, uma visão mais dinâmica e abrangente dos procedimentos.

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 20.

²⁰ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. v. 8. t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 4.

²¹ Sobre o tema: REIS, Alberto dos. *Procedimentos Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, v. 1, p. 3.

²² GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Da especialidade do Procedimento das Execuções Fundadas em Título Extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. *Novo CPC – Doutrina Seleccionada*. Lucas Buriel, Alexandre Freire e Ravi Peixoto (coords.). v. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 310.

2.1.2 Histórico do procedimento comum e dos procedimentos especiais

A forma como a doutrina enxergava o procedimento comum e os procedimentos especiais mudou muito ao longo dos anos. Podemos citar aqui brevemente três principais tradições de pensamentos jurídicos que são fundamentais para compreendermos esses procedimentos nos dias de hoje, sem prejuízo da existência de tantos outros.

No século XX, entendia-se que deveria existir um único procedimento capaz de tutelar qualquer direito material. Foi o professor Giuseppe Chiovenda, dando origem a escola²³ sistemática - também chamada de Chiovendiana ou histórico-dogmática – que, dentre muitas outras contribuições, cuidou de desvincular o processo do direito material e construir uma ciência processual autônoma²⁴. A preocupação da escola era conferir segurança jurídica e proteger a sociedade contra o arbítrio do estado²⁵. Em pensamento levou a ideia de que deveria existir uma forma processual única e invariável. Noutras palavras: apenas um único procedimento inflexível que serviria para tutelar qualquer direito material.

Em decorrência desse movimento, acreditou-se que esse procedimento padrão seria perfeito e adequado para todo e qualquer caso. Nesse período, vigorava o princípio do *preferibilidade do rito ordinário*. Qualquer procedimento especial era bastante criticado e visto com muita ressalva pela doutrina da época. Nas palavras de Carnelutti, os procedimentos especiais seriam “procedimenti anomali in confronto con il procedimento normale”²⁶. O procedimento padrão seria em suas ideias um procedimento “normal” e os procedimentos especiais causavam tanta repulsa que eram ditos como “anormais”.

No Brasil, o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 foi feito por Alfredo Buzaid e entregue em 1964 para o Governo Federal. Esse anteprojeto contemplava apenas os três primeiros livros do Código (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar). Ou seja, não fez parte do anteprojeto o quarto livro sobre os procedimentos especiais.

²³ Entende-se escola como um modelo de pensamento jurídico. Para os autores Daniel Mitidiero e Hermes Zaneti Jr., devem ser observados alguns requisitos para formação desse modelo de pensamento jurídico: “Assim, são os requisitos elencados para a formação de um modelo de pensamento jurídico: mestres, muitos, variados e criativos, capazes de multiplicar ideias; uma tradição jurídica; e jovens capazes de perceber e adquirir consciência de suas missões (e este, sabidamente, o requisito mais difícil)” MIDITIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 16.

²⁴ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 51 e 217. Vale dizer que foi Oskar Von Büllow que em 1868 que conduziu as primeiras colocações do direito processual como ciência em sua obra “Die Lehre von den Proceßinreden und die proceßvoraussetzung”. Sobre o tema, ver: DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 01. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 260-261.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 01. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 493.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. 3. Padova: Cedam, 1939, p. 9. Em tradução livre para o português: “procedimentos anormais em confronto com o procedimento normal”.

Esse, dentre outros fatos, demonstra claramente que o autor partilhava da ideia de que o processo não deveria vincular-se ao direito material, então não haveria razão para existir procedimentos diferenciados para determinados direitos materiais. Dessa forma, seja pela ausência de procedimentos especiais, seja pela redação e conceitos utilizados no Código de 1973, é notória a inspiração de Buzaid na doutrina italiana do século XX²⁷.

Nesse período, o Piero Calamandrei criticava a legislação italiana em decorrência da excessiva rigidez, afirmando que era preciso formular um procedimento adaptável as circunstâncias do caso concreto ao invés de utilizar um único procedimento invariável²⁸. Cabe dizer, contudo, que o autor defendia um procedimento que fosse variável a partir de caminhos previamente estipulados em lei²⁹.

Contudo, não foi esse o caminho adotado pelas legislações e defendido pela maior parte da doutrina.

Em reação a essas ideias, surgiu um outro movimento, liderado principalmente pelas ideias de Andréa Proto Pisani, que passou a compreender que esse procedimento único, neutro e uniforme seria incapaz de atender a todas as necessidades do direito material³⁰. Seriam necessárias “formas de tutelas jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos”³¹. Além disso, criticava-se o movimento anterior por ter feito uma confusão entre neutralidade e autonomia³². Atualmente, é pacífico que o procedimento não se confunde com o direito material (logo, podemos dizer que ele é autônomo), mas ele não pode ser pensado desconsiderando totalmente o direito material (ou seja: ele não é neutro)³⁴.

É muito claro quando analisamos um exemplo: o procedimento padrão inflexível dessa época seria incapaz de lidar com os conflitos coletivos atuais. Não haveria uma prestação da

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 599.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. v. 1. Campinas: BookSeller, 1999, p. 299-300.

²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 14. v. 21. N. 3. Rio de Janeiro, 2020, p. 135-163.

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 25.

³¹ PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 6; PROTO PISANI, Andréa. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*” *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV, 1979, p. 536-537.

³² Sobre a utilização equivocada no período do termo *tutelas jurisdicionais adequadas e diferenciadas*, como bem pontuam os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 493).

³³ PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6;

³⁴ Sobre a crítica entre autonomia e neutralidade, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 01. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 489 e ss.

tutela coletiva, pelo menos não na dimensão com que é feita hoje em decorrência das múltiplas técnicas diferenciadas proporcionadas por um procedimento especial. De um lado, a Ação Civil Pública não se confunde com o direito tutelado, mas esse procedimento também não é neutro, ele foi pensado a partir da observação da sociedade e dos direitos materiais (direitos coletivos *latu sensu*).

Como era de se esperar, a partir desse movimento, proliferou-se a criação de muitos procedimentos especiais (naquele momento chamados equivocadamente de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*). No Brasil, sempre influenciado pela escola processual italiana, também houve a criação de inúmeros procedimentos especiais inseridos tanto na codificação, como em leis esparsas.

Nesse contexto, o professor José Calmon de Passos³⁵ apontou algumas críticas a esses pensamentos que, como veremos na sequência, somente há pouco tempo contou com o apoio e reconhecimento da doutrina, veja-se a seguinte passagem:

A especialidade do procedimento deve ser, portanto, uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário. O que se impõe como técnica e politicamente correto é ter-se um procedimento ordinário excelente, porque ele é o meio a ser empregado na esmagadora maioria dos casos. Péssimo, política e tecnicamente, será optarmos por deixar inadequadamente regulado o que se deve servir para a quase-totalidade de litígios e nos perdermos em elucubrações cerebrinas para institucionalizar excepcionalidades. Não devemos encorar a ressurreição da crença arcaica de que para cada pretensão há um procedimento ideal, ou que seja conveniente agruparmos pretensões e trata-las de um modo procedimental específico. (grifo nosso)

Noutras palavras, o autor argumentava que a solução para os problemas existentes no procedimento ordinário não deveria ser a criação de inúmeros procedimentos especiais. Seria muito melhor que a doutrina (e o legislador) buscassem melhorar o procedimento ordinário, pois este era o procedimento usado na maioria esmagadora dos casos. Assim, ao invés de gastar energia pensando em todas as situações possíveis do direito material que merecessem um tratamento melhor e diferenciado, deveriam todos buscar formas de melhorar o procedimento comum.

Dentre outras inúmeras contribuições para o tema, o professor José Joaquim Calmon de Passos afirmava que haveria um itinerário essencial a todo e qualquer processo jurisdicional

³⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4 e ss.

independente do procedimento. Este seria um “núcleo rígido” a qual ele denominava de “devido processo constitucional de produção jurisdicional de direito”. Sendo assim, deveria, de um lado, promover mudanças simplificadoras do procedimento ordinário desde que não afetasse esse núcleo rígido, por meio da exclusão de todas as formalidades desnecessárias e por meio da inclusão de técnicas que melhorassem os procedimentos. Todas as demais mudanças no procedimento que fossem necessárias e possíveis, desde que não sacrificassem a essência desse núcleo rígido do processo jurisdicional seriam possíveis. Novamente, em suas palavras, “procedimento ordinário é o que traduz o excelente para a quase-totalidade dos processos, tanto em termos de garantias quanto em termos de economicidade”³⁶.

Logo, a doutrina e o legislador notaram que seria bastante utópica a possibilidade de o legislador produzir um procedimento especial para cada situação proveniente do direito material. Primeiro porque “o legislador sempre estaria atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material”³⁷, principalmente porque o direito não é capaz de acompanhar em tempo real as mudanças sociais. As razões para esse descompasso são muitas e as respostas perpassariam por uma profunda análise sociológica do direito.

Segundo porque os procedimentos também precisavam se adequar a peculiaridades dos casos concretos. Mesmo que tentasse, o legislador também seria incapaz de pensar em todas as situações que podem ocorrer no plano da vida³⁸. Noutras palavras, notou-se que um procedimento especial pensado para um direito material abstratamente também não estava sendo capaz de atender as necessidades de alguns casos concretos³⁹.

Portanto, a doutrina passou a sustentar a necessidade da existência de normas processuais abertas que concedessem poder tanto ao juiz, quanto às partes, de modo que a adequação do procedimento ao caso concreto fosse possível⁴⁰. Mas essa visão acerca do

³⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 493-494.

³⁸ “A riqueza da práxis forense, todavia, bem tem demonstrado que o legislador é incapaz de modelar, com perfeição, procedimentos específicos para todas as situações cotidianas. Sempre há de surgir um caso novo que, por força do direito debatido ou da qualidade de um dos litigantes, justifique uma calibração do procedimento às circunstâncias da causa, e, portanto, a aplicação do princípio da adaptabilidade.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 14. v. 21. n. 3. Rio de Janeiro, 2020, p. 135-163).

³⁹ “a imprescindibilidades de técnicas processuais diferenciadas não deriva apenas das necessidades do direito material vistas - em abstrato -, mas igualmente do caso concreto, que sempre possui particularidades próprias e específicas.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 494.)

⁴⁰ “Como o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto, apressou-se ele em editar normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas no caso. Essa é a razão de ser, por

processo é bastante atual, eis que como visto, por muito tempo, a doutrina buscou dar rigidez ao processo e quase nenhum poder ao juiz, sempre influenciados pela escola sistemática que buscava evitar o arbítrio do poder do estado. Hoje, diante do estado democrático de direito e de todas as garantias e privilégios concedidos ao julgador, foi possível alterar essa visão.

Sob esse novo contexto que foi escrito o Código de Processo Civil de 2015, marcado principalmente pela flexibilização procedimental e maior concessão de poder e autonomia para os sujeitos processuais, os quais serão melhor detalhados no item 2.1.4.

2.1.3 O procedimento comum e os procedimentos especiais na doutrina clássica brasileira

O chamado *procedimento ordinário* do Código de Processo Civil de 1973 (“CPC/1973”) ainda era um procedimento muito rígido e inflexível. Isto porque foi um procedimento formulado ainda sob a influência das ideias da escola sistemática. A doutrina via o rito ordinário do CPC/1973 como um procedimento padrão perfeito e adequado as mais diferentes situações de direito material⁴¹. Além disso, pode-se dizer que não só a doutrina, como também o próprio código, reforçava o princípio do *preferibilidade do rito ordinário*.

Na versão original do Código de Processo Civil de 1973 (isto é, antes das reformas), existiam 05 procedimentos distintos: (i) de conhecimento; (ii) de liquidação; (iii) executivo; (iv) embargos à execução; e (v) cautelar⁴². Cada um tinha o seu modelo procedimental rígido e suas técnicas próprias. Não havia margem de discricionariedade para as partes ou julgadores adaptassem o procedimento de acordo com as particularidades do caso concreto.

Aos poucos, em decorrência de diversas reformas e alterações no CPC/1973, os processos foram se tornando um pouco menos rígidos. Por exemplo, a Lei n. 10.444 de 7.05.2002 inseriu o §7 ao art. 273⁴³, passando a permitir a tutela cautelar incidental no bojo do processo de conhecimento. Além disso, a Lei n. 11.232 de 22.12.2005 desmembrou o tradicional processo de conhecimento em fases: (i) fase de conhecimento; (ii) fase de liquidação; (iii) fase de cumprimento de sentença; (iv) fase de impugnação do cumprimento de

exemplo dos arts. 139, VI e 190” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 494.)

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 16-17; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. *Revista de Processo*. V. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 52.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 01. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 493-494.

⁴³ “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

sentença. Dessa forma, considerou-se que foi unificado em apenas um processo todas as fases que eram necessárias para satisfação de um direito⁴⁴.

Como pontuam os professores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, essas reformas devastaram com o intuito inicial do Código de Buzaid que fazia uma distinção firme entre processo de conhecimento e de execução⁴⁵.

Como visto, na versão original do anteprojeto não havia sequer o livro dedicado aos procedimentos especiais. Contudo, estes foram incluídos no Livro 04 do Código de Processo Civil de 1973. Assim como o procedimento comum, os procedimentos especiais eram rígidos e inflexíveis. Foram pensados outros procedimentos, cada um voltado para tutela de um direito material específico e, portanto, com regras diferenciadas. A maioria foi pensada com intuito de tornar o procedimento mais célere e menos burocrático em consideração a importância e relevância do direito material.

Os autores Fredie Didier, Antonio Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁶ sistematizaram as principais características dos procedimentos especiais para a doutrina clássica. Assim, tradicionalmente, os procedimentos especiais eram marcados por sete características. *Primeira*, a legalidade, pois os procedimentos especiais precisavam estar estabelecidos em lei em sentido formal. *Segunda*, a taxatividade, eis que não haveria possibilidade de ampliação da utilização desses procedimentos para além das hipóteses legais (ou seja, não caberia analogia, a exemplo do que fazem atualmente com as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento). *Terceira*, a excepcionalidade. *Quarta*, a indisponibilidade, já que não cabia escolha, as partes deveriam usar o procedimento especial, caso ele existisse e não poderia optar pelo comum. *Quinta*, a inflexibilidade, pois todos os procedimentos eram rígidos e inalteráveis. *Sexta*, a infungibilidade em decorrência da não permissão de conversão dos procedimentos (não poderia converter um especial em comum e vice e versa). *Sétima*, a exclusividade, eis que as técnicas diferenciadas de um procedimento especial eram exclusivas daquele procedimento.

2.1.4 Sobre a flexibilização procedimental na vigência do CPC/1973

⁴⁴ Nessa linha: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Garrilho; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria Geral do Processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 502.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 608-609.

⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 30-38;

Em que pese no CPC/1973 os procedimentos fossem marcados pela rigidez e imutabilidade, existia, ainda que de maneira muito tímida, uma certa flexibilização procedimental⁴⁷. Afinal, as situações da vida sempre desafiam o direito positivo e colocam em discussão os regramentos. Claro que a flexibilização procedimental sob a égide do CPC/1973 era manifestada de maneira muito mais restrita e com desconfiança que nos dias de hoje. Há de se considerar também que, à época, não haviam normas que dessem margem para muita flexibilização.

À título de exemplo, o professor Candido Dinamarco admitia, com muita restrição, a possibilidade de ser concedido ao juiz uma certa liberdade⁴⁸, desde que “entre parâmetros razoavelmente definidos”⁴⁹. Isto sob a justificativa de que “o formalismo obcecado e irracional é fato de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”⁵⁰. De uma forma menos restrita, José Roberto dos Santos Bedaque afirmava que deveria “reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”⁵¹.

Além disso, o professor Fernando Gajardoni⁵² escreveu uma Tese de Doutorado sobre flexibilização procedimental em 2007 (portanto, sob a vigência do CPC/1973), no qual, dentre inúmeras contribuições para o tema, cuidou de sistematizar três diferentes sistemas (aqui considerados também como espécies) de flexibilização (ou adaptação) procedimental que poderiam existir, a saber: (i) flexibilização por força da lei (flexibilização legal) – esta subdividida em: (i.a) genérica e (i.b) alternativa; (ii) flexibilização procedimental judicial; e (iii) flexibilização voluntária das regras de procedimento.

⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 41 e ss; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 170-171.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 153-154. No mesmo sentido: A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun, 1999, p. 13; COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1.

⁴⁹ “A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é enrijecendo as exigências formais, em um fetichismo à forma que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fato de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 153).

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 153.

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. Tese (Titular de Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 41,67, 104-108.

⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 157-159.

A primeira (flexibilização legal) seria aquela adaptação do procedimento que se autoriza ao juiz proceder por disposição legal. Essa adaptação pode ser genérica, quando a autorização em lei é incondicionada, ou seja, a norma deixa a critério do julgador a variação procedimental adaptadora; ou alternativa, quando a norma prevê tramitações alternativas para causa, assim o juiz pode escolher, de acordo com o caso, mas dentro de hipóteses já previamente estipuladas em lei⁵³.

A segunda (flexibilização judicial) é aquela que, mesmo sem previsão legal, poderia o juiz, “à luz do princípio da adaptabilidade, com base nas variantes do caso concreto objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e modo”⁵⁴

A terceira (flexibilização voluntária) é quando “competiria às partes eleger alguns procedimentos ou alguns atos processuais da série, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos”⁵⁵.

O CPC/1973 admitia apenas o sistema da flexibilização legal alternativa. Isto é, variantes rituais previstas pelo legislador. Como, por exemplo, a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário (art. 277, §4º e §5º). Além disso, era possível observar de normas de flexibilização legal genérica no art. 21 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96). A flexibilização voluntária, por sua vez, era sempre uma tese, sem previsão legal, sustentada por alguns magistrados quando se viam diante de uma necessidade de promover alguma flexibilização procedimental em um caso concreto (o que ocorre até hoje).

2.1.5 O procedimento comum e os procedimentos especiais de acordo com o CPC/2015

A partir do CPC de 2015, as características dos procedimentos mudaram significativamente. A alteração mais evidente, sem dúvidas, foi o aumento da possibilidade de se promover inúmeras adaptações nos procedimentos.

O nosso Código de Processo Civil incluiu três das quatro espécies de flexibilização procedimental acima descritas. Em todo o código é possível notar diversas normas que

⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 157-158.

⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 158.

⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 158.

permitem flexibilizações a partir de caminhos já estipulados no próprio código (flexibilização legal alternativa). Como por exemplo, a possibilidade do juiz pode julgar antecipadamente o mérito da demanda, quando não houver necessidade de produção de outras provas (art. 355, CPC). É uma adaptação do procedimento prevista no próprio Código.

Mas o CPC de 2015 ainda foi além. Estipulou, ainda que de forma tímida e bastante limitada⁵⁶, a possibilidade de o juiz promover uma adaptação no procedimento, mas sem delimitar as alternativas previamente (flexibilização legal genérica). É o caso do inciso VI do art. 139, que prevê a possibilidade de o juiz “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. Noutras palavras, o juiz passou a ter o poder de ampliar prazos e inverter ordem do ônus da prova de acordo com a necessidade do caso concreto.

Outra norma de flexibilização legal genérica do CPC/2015 foi a extraída do art. 327, §2º, CPC/2015, que possibilita a utilização de técnicas diferenciadas de outro procedimento especial ou do procedimento comum. Isto é, o artigo passou a permitir um livre trânsito de técnicas diferenciadas entre os procedimentos.

Por fim, uma das maiores mudanças foi a previsão do art. 190 do CPC/2015 que passou a permitir que as partes, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, alterem o procedimento a seu bel prazer (flexibilização voluntária)⁵⁷. Algo que até então, só era possível de ser feito em sede de arbitragem.

O espaço para a flexibilização e adequação dos procedimentos aumentou bastante, de modo que tornou muito mais fácil a possibilidade de adaptar o procedimento judicial as peculiaridades de determinado caso – em que pese não seja ainda uma prática forense comum a adaptação dos procedimentos.

⁵⁶ Em comparação com o anteprojeto do próprio Código de Processo Civil e com o Código de Processo Civil Português a mudança foi ainda bastante tímida. O código português determina no art. 547 que “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.” e ainda, no art. 6º que “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.”. O anteprojeto do CPC/2015, seguindo a mesma linha que o sistema português, determinava em seu art. 107, V que ao juiz caberia “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

⁵⁷ Sobre os Negócios Jurídicos Processuais, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020; DIDIER Jr., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócio jurídico processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

Contudo, de outro lado, ainda é possível também pensar em uma hipótese que o juiz precise adaptar o procedimento e essa adaptação ainda não encontre previsão legal. É que o CPC/2015 optou por não adotar o sistema da flexibilização judicial (aquela em que o juiz pode adaptar o procedimento mesmo sem previsão legal). Acontece que, na prática, a flexibilização judicial ainda acontece: é o caso, por exemplo, dos processos estruturais.

Dessa forma, quando o CPC/2015 optou por não prever a possibilidade da flexibilização judicial, optou, conseqüentemente, por não regular e limitar a atuação dos juizes. Qualquer flexibilização procedimental judicial acaba sendo vista ainda como uma forma de ativismo judicial, o que pode gerar insegurança jurídica. Nesse sentido, o professor Fernando Gajardoni, entende que deveria existir uma regulação da condução ativa do procedimento pelo magistrado, com a estipulação de alguns requisitos, a saber: “um motivo para que implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes da decisão flexibilizadora (contraditório) e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo (motivação)”⁵⁸.

Fredie Didier, Antônio do Passo Cabral e Leonardo da Cunha, em recente obra sobre o tema⁵⁹, identificaram sete principais características do procedimento comum previsto no CPC/2015, quais sejam: 1) permissão da concessão de tutelas provisórias; 2) normas que possibilitam a adaptação judicial do processo; 3) normas que possibilitam a adaptação legal do processo ; 4) possibilidade de ser instaurado um incidente de julgamento de casos repetitivos ou centralização de processos repetitivos; 5) permite o fracionamento de resolução do mérito da causa; e 6) previsão de saneamento e organização do processo; 7) estrutura-se ao menos quatro rotas procedimentais para encerramento do processo.

Não resta dúvidas que, de qualquer forma, o procedimento padrão adotado pelo CPC, disposto no art. 318 e seguintes é extremamente flexível, adaptável e maleável a uma série de situações jurídicas – inclusive para aquelas que justificariam um procedimento especial⁶⁰.

Por sua vez, as características dos procedimentos especiais não são diferentes. Assim como o procedimento comum, os procedimentos especiais também passaram a ser mais

⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 14. v. 21. N. 3. Rio de Janeiro, 2020, p. 135-163.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 64-66.

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 64 e 69. No mesmo sentido, analisando a norma extraída do art. 327, §2º do CPC/2015: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Comentários ao art. 327. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015, p. 831.

flexíveis, principalmente em decorrência da possibilidade do livre trânsito de regras, determinada pelo art. 327, §2º do CPC, como veremos a seguir.

2.1.6 A evolução da relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais

Não foi somente as características desses procedimentos que mudaram.

A relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais evoluiu bastante, especialmente em decorrência da alteração em relação ao regramento da cumulação de pedidos (no CPC/73 previsto no art. 292, §2º, atualmente previsto no art. 327, §2º do CPC/2015), que passou a permitir a possibilidade do livre trânsito de técnicas processuais. As técnicas processuais serão abordadas no tópico seguinte.

A relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais era determinada pelo art. 292, §2º do CPC de 1973. Esse dispositivo previa a possibilidade da cumulação de pedidos que correspondessem a diferentes tipos de procedimento se, e apenas se, o autor utilizasse o procedimento ordinário.

Nesse ponto, inclusive, existia uma divergência na doutrina. De um lado, alguns autores entendiam que sempre estaria autorizado ao autor escolher o procedimento comum em lugar do procedimental especial, eis que a escolha geraria prejuízos apenas para o próprio autor e não prejudicaria o réu, pois se beneficiaria de amplo contraditório no procedimento comum⁶¹. De outro lado, alguns autores entendem que as normas procedimentais seriam de ordem pública⁶² e não ficariam a livre disposição das partes, de modo que alguns procedimentos, portanto, não são renunciáveis pelo autor (procedimentos infungíveis⁶³ ou ainda procedimentos irredutíveis

⁶¹ Essa era a posição defendida por Pontes de Miranda, com fundamento no princípio da preferibilidade do rito ordinário: “A regra jurídica do art. 292, §2º, entra no âmbito, assaz geral, do princípio da preferibilidade do rito ordinário. As ações de rito especial podem ser tratadas com o rito ordinário.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Arts. 282-443. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78). No mesmo sentido; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 293; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. In: Marcató, Antônio Carlos (coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 957. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 209.

⁶² “o rito sumário, nos casos especificados em lei, é estabelecido no interesse da Justiça, e não no das partes, de modo que estas não poderão dispor do rito imposto pelo legislador... não sendo caso de cumulação de pedidos, não será possível optar por outro rito que não o sumário, quando se tratar de hipótese para a qual a lei prevê o rito como sendo o sumário” (ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Arruda. ASSIS, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012, p. 460.

⁶³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-89. Na mesma linha: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80-84; AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-100.

ao ordinário⁶⁴). Esse seria o caso, por exemplo, da Ação Civil Pública. Mesmo que fungíveis, em alguns casos, ainda faltaria interesse processual para o autor propor a cumulação de pedidos sujeitos a procedimentos especiais sob o procedimento comum, tendo em vista a maior eficiência e celeridade do procedimento especial⁶⁵.

Sendo assim, ocorrendo a necessidade de cumulação de pedidos sujeitos a procedimentos diferentes, o autor via-se diante de apenas duas opções rígidas e inalteráveis: (i) ou ajuizava duas ações, uma para cada pedido e cada uma sob o procedimento que estava sujeita; (ii) ou ajuizava uma ação cumulando os pedidos, mas abrindo mão de um procedimento especial (ou mais⁶⁶) e suas técnicas.

Nenhuma das situações era um bom caminho. Quando podia exercer o seu direito de escolha (que como visto já era muito restrito e somente ocorria quando diante de procedimentos fungíveis), ou perdia em eficiência e economia processual ou abria mão da utilização de técnicas especiais (o que também poderia ocasionar uma perda de eficiência processual, registre-se).

Não era possível, com base no CPC/1973, ocorrer nenhuma adaptação das formas⁶⁷. Sendo assim, a relação entre os procedimentos era marcada pela exclusão: ou bem utilizava o procedimento comum, ou bem utilizava o procedimento especial. Não existia praticamente nenhuma margem de escolha ao autor em relação ao seu procedimento, seja porque quase nunca lhe era permitido a possibilidade de cumulação, seja porque teria de escolher entre dois caminhos fechados e inalteráveis.

Existia também uma relação de subsidiariedade: na falta de uma norma específica nos procedimentos especiais, utilizava-se as regras referentes ao processo comum.

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 mudou substancialmente a relação entre o procedimento comum e o procedimento especial. A regra contida no art. 292, §2º do CPC de 1973 foi replicada no art. 327, §2º do CPC/2015 – possibilidade de cumular ações sujeitas a procedimentos diferentes, desde que utilizado o procedimento comum - mas acrescentou-se a possibilidade de empregar técnicas processuais diferenciadas, desde que não sejam

⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação teórica dos procedimentos especiais. Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-89.

⁶⁶ Veja que poderiam ser dois pedidos, cada um sujeito a um procedimento especial distinto, se cumulasse, o autor estaria abrindo mão de dois procedimentos especiais e diversas técnicas diferenciadas.

⁶⁷ “O rito ordinário é de se exigir se algum dos pedidos tem rito diferente do tipo que a lei dá ao outro, sem qualquer possibilidade de se proceder à adaptação de formas, pois que nisso o Código não anui” (PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Arts. 282-443. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78.)

incompatíveis com o procedimento comum⁶⁸. Resolveu-se o problema da difícil escolha dos autores, que agora podem cumular as demandas sem abrir mão das técnicas diferenciadas.

Muitos autores consideram que o dispositivo é “uma inovação sem precedentes em relação ao antigo sistema processual”⁶⁹. O professor Tárzis Cerqueira, entendendo que tal alteração requalificou a relação entre os procedimentos, passando a se estruturar como se estivessem interligados como uma malha, chega a defender que seria possível extrair do dispositivo o *princípio da inter-relação em rede do procedimento comum com os procedimentos especiais*⁷⁰.

Realmente, o dispositivo concretizou uma espécie de flexibilização procedimental genérica *mitigada*⁷¹ muito forte em comparação com o sistema processual anterior. Se antes a relação entre os procedimentos era marcada pela exclusão e subsidiariedade, agora o que se vê é uma relação de complementariedade e supletividade⁷².

É possível não só a importação de técnicas especiais para o procedimento comum, como também o caminho oposto: a importação de técnicas comuns para os procedimentos especiais (em decorrência da norma extraída do art. 318, parágrafo único, CPC/2015). Além disso, os professores Fredie Didier, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha vão além e entendem que também é possível que uma técnica especial de um procedimento especial seja importada para outro procedimento especial; ou ainda importação de técnicas entre os procedimentos recursais; entre incidentes processuais; e entre o cumprimento de sentença, execução de título extrajudicial e entre eles e as execuções especiais (arts. 513 e 771, CPC/2015)⁷³.

⁶⁸ § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

⁶⁹ CERQUEIRA, Tárzis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 377, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 155. No mesmo sentido: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Das disposições gerais do procedimento comum. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷⁰ CERQUEIRA, Tárzis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 175.

⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 158.

⁷² CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 102-106.

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Diante disso, defendem que há um *livre trânsito de técnicas especiais*, eis que essas não estão mais vinculadas a um procedimento em específico e, portanto, podem transitar livremente entre os procedimentos, sendo utilizada quando melhor lhe convier, desde que haja, claro, compatibilidade e adequação⁷⁴.

Passa-se, então, a proceder ao estudo e análise das técnicas.

2.2 AS TÉCNICAS PROCESSUAIS.

Analisadas as principais características e o histórico dos procedimentos, cumpre realizar um estudo sobre as técnicas processuais. É preciso entender qual o seu conceito e as diferenças entre técnicas processuais comuns e especiais; facultativas e obrigatórias, bem assim como proceder a uma análise crítica em relação a esses conceitos.

2.2.1 Conceito.

Em que pese a importância atribuída às *técnicas processuais* no sistema jurídico atual, o CPC/2015 apenas cita as técnicas processuais *diferenciadas* no §2º do art. 327. Nos demais casos (como por exemplo no art. 318, CPC), fala-se na utilização de um procedimento comum ou especial, mas querendo se referir, muitas vezes, às técnicas processuais.

Mas é claro que tudo é uma questão de ponto de vista: pode-se dizer, por outro lado, que uma única menção acerca das técnicas processuais no CPC/2015 foi capaz de revolucionar a flexibilização procedimental e alterar sobremaneira a relação entre os procedimentos.

São muitos os autores que já se debruçaram sobre o estudo dos procedimentos especiais. Contudo, o estudo da técnica de forma autônoma e destacada dos procedimentos foi inicialmente formulado e exposto pelos autores Fredie Didier Jr, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁵. A doutrina, de forma geral, ainda não explorou muito bem essa temática. Por esse motivo, não é comum verificar nos livros o conceito e o estudo de técnicas processuais de forma apartada. Além disso, também não há qualquer conceito atribuído pelo código, que apenas as cita.

Sendo assim, passa-se a diagnosticar o que são as *técnicas processuais*.

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 75.

⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

O professor Cândido Rangel Dinamarco⁷⁶ define técnica como “a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”. Para o autor, toda técnica é eminentemente instrumental e sua instituição só se justifica quando houver alguma finalidade a se cumprir.

Na mesma linha, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que a técnica seria o “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”⁷⁷; e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira entende que a técnica jurídica “visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito”⁷⁸.

Também, afirmam os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero que: “por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como técnicas antecipatórias e aquelas destinadas à distribuição adequada do ônus da prova entre as partes”⁷⁹.

Todos esses conceitos, sem exceção, trazem consigo o mesmo problema: confundem o *procedimento* com as *técnicas especiais* que o *compõem*. Recaem, portanto, em verdadeira metonímia, confundindo a parte pelo todo.

Melhor razão assiste Társis Cerqueira⁸⁰ e aos supracitados autores Didier, Cabral e Cunha⁸¹, que, apesar de não se posicionaram diretamente sobre o tema, convergem na tratativa das *técnicas processuais* como elementos internos a um procedimento, como átomos de uma molécula. Esses elementos, por sua vez, poderiam transitar entre os procedimentos, sob a ótica do “livre trânsito de técnicas processuais”.

Feita as devidas críticas, é preciso analisar o que são as técnicas processuais.

Para tanto, faz-se necessário dar um passo atrás para ir mais adiante. Volta-se, para tanto, ao conceito de procedimento (e processo – na Teoria do Fato Jurídico). Como visto, o procedimento é formado por um conjunto de atos jurídicos (atos processuais) relacionados entre

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 264 e ss.

⁷⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 300.

⁸⁰ CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 219;

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 99-100.

si e com um objetivo em comum (prestação jurisdicional)⁸². No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello⁸³ afirma que o procedimento é um ato jurídico em que “o suporte fático é composto por vários atos jurídicos”; ou, simplesmente “um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim”.

Diante de tais considerações, uma simples lógica matemática resolve o problema em análise. O procedimento é formado por um conjunto de técnicas processuais ($A = B$) e o procedimento também se traduz em um conjunto de atos processuais ($A = C$). Logo, as técnicas processuais nada mais são do que os atos processuais que compõem o procedimento ($B = C$).

Faz-se a ressalva de que a técnica processual seria o ato processual *que compõem o procedimento*, porque existem atos processuais que não fazem parte do procedimento, como a escolha convencional do foro (art. 63 do CPC)⁸⁴. Desse modo, a técnica processual é o *ato processual propriamente dito*.

Essa definição, inserta na Teoria do Fato Processual, é fundamental para compreender a extensão da técnica processual. Como base, traz-se a completa definição de ato processual (ou técnica processual) estipulada por Pontes de Miranda:

“Atos processuais são todos os que constituem a sequência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – em processo. (...) Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definição do processo, de desenvolvimento e de terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo são atos processuais”⁸⁵

Importante ressaltar que a técnica processual pode ser formada por atos simples ou complexos. Considerando os exemplos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo

⁸² Nas palavras do Professor Fredie Didier Jr., é o “conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 39-40). Sobre o procedimento ser um ato jurídico complexo de formação sucessiva: CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124.

⁸³ “cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.)

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 435.

⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 12

Cintra e Cândido Rangel Dinamarco⁸⁶, dentro do processo, é possível verificar atos processuais simples, que são a grande maioria (inicial, citação, contestação, sentença, etc); e os atos complexos (à exemplo da audiência e da sessão).

Também é válido dizer que as técnicas – enquanto atos processuais - também possuem uma finalidade. Afinal, todo ato processual praticado deve ser feito com uma determinada finalidade. Se há um ato inútil ou desnecessário, deve-se excluí-lo do procedimento, que não deve comportar atos meramente burocráticos⁸⁷.

Ainda, Marcos Bernardes de Mello leciona que “[o] ato processual não pode ser considerado apenas no seu aspecto formal. Há nele, essencialmente, um conteúdo, que lhe dá substância”⁸⁸. Dessa forma, pode-se dizer também que as técnicas, como todos os atos processuais, possuem conteúdo.

Vejamos um exemplo: o julgamento antecipado do mérito como técnica processual. Trata-se de um ato processual⁸⁹, tem inegavelmente um conteúdo (de sentença) e uma finalidade (dentre outras, de pôr fim ao processo).

2.2.2 Técnicas processuais comuns e as técnicas processuais especiais.

Via de regra, entende-se por técnica processual comum toda aquela técnica prevista no procedimento comum; e, por sua vez, técnica processual especial ou *diferenciada* aquela proveniente de um procedimento especial, toda a técnica que “foge do ordinário”; ou ainda aquela que se *diferencia* das técnicas do procedimento comum (aquele previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC).

Atualmente, não parece mais que essa classificação seja tão simples. Primeiro porque o CPC de 2015 não possui mais procedimentos rígidos e inflexíveis. Ao contrário, como visto, há inúmeras regras que autorizam uma flexibilização do procedimento comum ou especial, e principalmente muitas normas que possibilitam vários caminhos mesmo dentro do procedimento comum (flexibilização legal ordinária). É como se antes houvesse uma única via

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 400.

⁸⁷ No mesmo sentido, o professor José Calmon de Passos afirma que “toda formalidade desnecessária para assegurar o essencial no processo a fim de que haja respeito ao devido processo constitucional pode e deve ser descartada” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Teoria Geral dos Procedimentos Especiais*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4).

⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

⁸⁹ Os atos processuais decisórios do magistrado são definidos como “provimentos” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 397).

em linha reta e sem saídas, este era o procedimento comum antes do CPC/2015. Agora, temos uma linha reta com várias saídas e caminhos alternativos, todas chegando ao mesmo lugar.

Mas o que a flexibilidade tem a ver com a classificação das técnicas enquanto comuns ou especiais? Basicamente muitas técnicas antes consideradas diferenciadas foram integradas ao procedimento comum ou colocadas como um dos seus caminhos possíveis. Muito pouco foi deixado de fora do procedimento comum ou muito pouco não se compatibilizaria e não poderia ser incluído nele por vontade das partes, o que reduz a importância dessa classificação.

Além disso, *o livre trânsito de técnicas processuais* possibilitado a partir do CPC/2015 tornou a distinção entre técnicas processuais comuns e especiais menos relevante. Se antes havia uma relação de exclusão entre os procedimentos e as técnicas eram restritas a um determinado rito, hoje elas podem ser utilizadas livremente (desde que não haja incompatibilidade). A regra especial agora pode livremente ser utilizada em um procedimento comum, passando a adquirir, portanto, um certo caráter de ordinariade.

Voltando para os casos de flexibilização legal alternativa, isto é, quando o CPC propõe duas técnicas distintas e possíveis de serem feitas no procedimento comum, pode ocorrer de um desses “caminhos” ser mais “comum” e utilizado que o outro – é o caso, por exemplo, da possibilidade de o juiz realizar um julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC) ou um julgamento após a audiência de instrução e julgamento (art. 366, CPC).

Seguindo o pensamento inicialmente exposto, as duas técnicas seriam comuns, pois estão previstas no procedimento comum do CPC, são caminhos possíveis dentro do procedimento comum (flexibilização legal alternativa). Mas não há como negar que uma técnica é muito mais “comum” que outra, comparativamente. Comum aqui no sentido de frequência de uso e não relacionada ao procedimento.

2.2.3 Técnicas especiais obrigatórias e técnicas especiais facultativas.

Em que pese a classificação entre técnicas comuns e especiais tenha perdido um pouco a importância, a classificação em técnicas especiais obrigatórias e técnicas não obrigatórias (também chamadas de *facultativas* ou *opcionais*) é especialmente relevante, principalmente em razão da norma extraída do art. 327, §2º do CPC/2015⁹⁰.

Não é usual deparar-se com a distinção entre essas técnicas. Costumeiramente, a distinção é feita entre *procedimentos* especiais obrigatórios e não obrigatórios - e não das

⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39.

técnicas. A doutrina entende que o procedimento especial não obrigatório é aquele em que o autor pode usar se e quando lhe convir⁹¹. Isto é, o autor tem o poder de escolher usá-lo ou dispensá-lo. Nessas situações, não resta dúvida que a escolha do procedimento é um direito potestativo do autor⁹² e que se aplica amplamente a regra extraída do art. 327, §2º, pois na cumulação de pedidos, converte-se o procedimento especial em comum⁹³.

De outro lado, o procedimento especial obrigatório é aquele criado para: (i) atender um interesse público; ou (ii) para proteger o demandado⁹⁴. Sendo assim, esses procedimentos não podem ser dispensados de acordo com a vontade unilateral do autor. Via de regra, eles são obrigatórios e inderrogáveis pela vontade das partes⁹⁵. Contudo, defende-se que os procedimentos que são obrigatórios *para proteger o demandado* podem ser modificados por acordo feito entre as partes do processo (ou seja, a partir de uma autorização do demandado, aquele que se quer proteger)⁹⁶. Noutras palavras, é possível a celebração de um negócio jurídico processual para alterar o procedimento quando ele for obrigatório para proteger o demandado.

Situação diferente é quando estamos diante de um procedimento que é obrigatório para proteger interesse público *primário*⁹⁷ (por exemplo, a Ação Civil Pública). Aqui, a situação se torna mais complexa. Via de regra, a doutrina entende que esses procedimentos não podem ser

⁹¹ CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 187; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39;

⁹² “O direito à escolha do procedimento é, também, um direito potestativo. Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (arts. 554 e segs. do CPC) ou pelo procedimento comum para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido "direito líquido e certo"), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou do procedimento comum.” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 376).

⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 464; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39-41.

⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39-41.

⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39-41.

⁹⁶ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8. T. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16-17; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39-41.

⁹⁷ Társis Cerqueira afirma que “o interesse público que justifica a indisponibilidade do procedimental é o interesse público primário” isto porque no interesse público secundário ainda haveria espaço para autonomia negocial da administração pública. Sobre o tema, ver: CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 196-198;

convertidos para o comum, pois a sua utilização é obrigatória e nem mesmo as partes conjuntamente poderiam alterá-lo por meio de negócios jurídicos processuais⁹⁸.

Mas atenção: isso não significa que o procedimento especial obrigatório por interesse público primário não comporta flexibilização procedimental. Mais que isso, como será tratado posteriormente, isso também não significa que esse procedimento será obrigatório na arbitragem coletiva.

Mas para analisar essa questão mais profundamente precisamos distinguir as técnicas especiais obrigatórias e as não obrigatórias. Aqui, questiona-se: pode-se classificar as técnicas em obrigatórias ou não de acordo com o procedimento que ela está originalmente inserida?

A resposta é certamente negativa.

Nem todas as técnicas inseridas em um procedimento especial obrigatório são também obrigatórias. A análise do caráter ou não de obrigatoriedade de um procedimento para classificar a técnica pode ser um ponto de partida, mas não será, de forma alguma, determinante para a conclusão final.

E por que isso é importante? Apesar do entendimento de que os procedimentos especiais obrigatórios para proteger interesse público são inderrogáveis pela vontade das partes, isso não quer dizer que não pode ocorrer a dispensa de alguma técnica especial ou ainda a inclusão de técnicas de outros procedimentos. Ou seja, pode haver uma certa flexibilização procedimental desses procedimentos⁹⁹.

E qual o critério para que ocorra essa flexibilização? Para dispensar uma técnica em determinado procedimento especial obrigatório deve-se analisar, justamente, se aquela técnica especificamente é obrigatória, isto é, se caracteriza o *núcleo essencial e rígido*¹⁰⁰ daquele procedimento.

Nesse sentido, toda técnica especial que a sua exclusão *não gere uma limitação ou dificulte a certificação do direito* que se pleiteia seria, portanto, facultativa e poderia ser flexibilizada. Sobre esse ponto, o professor Társis Cerqueira faz um comparativo:

Muito semelhante ao que ocorre quando da indisponibilidade de direitos/interesses, a indisponibilidade do procedimento, no que concerne ao atendimento do interesse público, está relacionada a

⁹⁸ Antonio Carlos Marcato chama esses procedimentos de “irredutivelmente especiais”. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 73.

⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 93.

¹⁰⁰ OCALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4 e ss.

aspectos que possam influenciar (limitar e dificultar) sua certificação¹⁰¹.

Para os professores Fredie Didier, Antonio Cabral e Leonardo da Cunha deve-se analisar se aquela técnica processual faz parte da *essência* daquele procedimento. Os autores defendem, que “mesmo quando imaginamos os procedimentos especiais obrigatórios, é possível à parte utilizar o procedimento comum, desde que se apliquem as técnicas processuais que caracterizam *essencialmente* aquele procedimento especial”¹⁰². Noutras palavras, o procedimento obrigatório também pode ser reduzido ao comum, desde que se mantenham as técnicas obrigatórias e essenciais do procedimento especial obrigatório.

Na mesma linha, a professora Susana Henriques da Costa defende que é possível a cumulação entre pedidos provenientes da ação de improbidade administrativa e da ação civil pública, desde que, fossem observadas as especificidades relacionadas a defesa preliminar pelo réu¹⁰³. Esses procedimentos coletivos são procedimentos especiais obrigatórios em decorrência de interesse público preliminar, logo, em tese, não poderiam ser cumulados e flexibilizados. Mas a autora faz uma exceção, desde que se mantenha uma técnica processual especial obrigatória considerada *essencial* para certificação desses direitos: a defesa preliminar do réu.

Dessa forma, tem-se que os procedimentos obrigatórios também comportam a flexibilização procedimental. Deve-se, portanto, compreender porque aquele procedimento, na essência, é obrigatório ou facultativo e quais as técnicas do procedimento compõe essa essência. O procedimento não deve ser visto como um todo inalterável, apenas pela sua condição de procedimento obrigatório em decorrência de interesse público primário. Assim, é possível que técnicas não essenciais sejam livremente modificadas pelas partes e pelo juiz.

Mais que isso, em muitos casos, a flexibilização do modelo procedimental é imprescindível para a efetivação da tutela jurisdicional, como ocorre, por exemplo, nos processos estruturais¹⁰⁴.

Feito esse breve estudo acerca das técnicas processuais, pode-se concluir que houve um avanço muito grande em relação aos procedimentos e as técnicas processuais. Além disso,

¹⁰¹ CERQUEIRA, Táris Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 198;

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 93.

¹⁰³ COSTA, Susana Henrique. Art. 327. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 515.

¹⁰⁴ CERQUEIRA, Táris Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 198.

quando diante de um procedimento obrigatório como a Ação Civil Pública não significa que todas suas técnicas também sejam obrigatórias e rígidas. Nem todas as técnicas diferenciadas de um procedimento compõe a *essência* daquele procedimento e podem, portanto, serem dispensadas. Essas questões são fundamentais para que se possa avançar no objeto de estudo deste trabalho, passando a analisar, na sequência, especificamente sobre o procedimento especial da Ação Civil Pública e suas técnicas que são ou não *essenciais*.

3 SOBRE O PROCEDIMENTO ESPECIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SUAS TÉCNICAS ESPECIAIS

Analisadas as principais premissas acerca dos procedimentos e das técnicas especiais, cumpre analisar especificamente a Ação Civil Pública - procedimento especial obrigatório em decorrência do interesse público primário - assim como as técnicas diferenciadas que o compõem.

3.1 ASPECTOS GERAIS DOS PROCESSOS COLETIVOS.

Estudar processos coletivos não é uma tarefa simples. Mesmo após mais de 40 anos em que se positivou a primeira ação coletiva no Brasil¹⁰⁵, ainda há muita discussão acerca dos conceitos e dos institutos inseridos no microsistema processual coletivo. A razão dessas controvérsias persistirem até hoje são muitas, mas decorrem não só pela relativa recente positivação, como também pela relevância e grande impacto que os entendimentos e alterações nos processos coletivos provocam na sociedade.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar e tratar detalhadamente todas essas discussões, mas sim analisar brevemente como esses processos coletivos surgiram, seu objeto e os principais conceitos e aspectos desse microsistema, que nos permitirão compreender e avançar para o tema objeto desse estudo: a compatibilidade das técnicas da ação civil pública com a arbitragem coletiva societária.

3.1.1. Histórico

O Brasil foi o primeiro país de *civil law* a introduzir os processos coletivos no seu sistema jurídico, o que ocorreu a partir da reforma da Lei n. 4.717/65 - ou simplesmente a Lei da Ação Popular (LAP)¹⁰⁶. A Ação Popular¹⁰⁷ é anterior a introdução dos processos coletivos e existe no sistema jurídico brasileiro desde a constituição de 1934¹⁰⁸. Contudo, foi a partir da

¹⁰⁵ Considera-se que a reforma da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65) em 1977 foi o marco inicial dos processos coletivos no Brasil.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

¹⁰⁷ A Ação Popular tem sua origem no direito romano. Sobre o tema, ver: BENARRÓS CLEMENTONI, Myriam. *Actio popularis* no direito romano e sua recepção no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 145.

¹⁰⁸ “Diga-se, aliás, de plano, que no direito brasileiro a ação popular é muitíssimo anterior ao surgimento dessa discussão sobre interesses difusos, sobre interesses coletivos, ou interesses individuais homogêneos. De fato, a

modificação do §1º do art. 1º da LAP em 1977, com a ampliação do conceito de patrimônio público, que se passou a viabilizar a tutela dos bens e direitos de natureza difusa por meio da Ação Popular¹⁰⁹. Esse, portanto, é o marco temporal em que se considera o surgimento dos processos coletivos no Brasil. Todavia, a proteção desses direitos difusos ainda se limitava a proteção do patrimônio público, isto é, do que era de interesse público. Noutras palavras, protegia-se apenas o que o estado considerava importante e valioso para si próprio (e não para a coletividade)¹¹⁰. Como bem apontado por Edilson Vitorelli, não havia ainda uma preocupação dos direitos difusos ligados a uma “sociedade” ou “grupo” de forma apartada da pessoa jurídica de direito público política¹¹¹.

Importante fazer a ressalva de que esses direitos difusos não surgiram aqui¹¹², mas sim a preocupação em identificar e proteger jurisdicionalmente esses direitos a partir dos processos coletivos¹¹³. Ocorre que em pouco tempo percebeu-se que a ação popular e a proteção dos direitos difusos apenas relacionado ao patrimônio público (mesmo em seu sentido ampliado) não era suficiente. Além disso, o mecanismo era comumente utilizado como forma de oposição política ao revés de ser utilizado pela sociedade para combater desvios do poder público¹¹⁴.

nossa ação popular remonta à Constituição de 1934, tendo sido suprimida com a Carta de 1937, vindo a ser reeditada com a Constituição de 1946. Sua regulamentação, em sede de legislação ordinária, só se deu em 1965, com a Lei 4.717. De lá para cá, sem que se possa afirmar que ela tenha sido, em plenitude, sucesso de público e de crítica, foi um remédio utilizado, aqui e ali, com resultados positivos. Com efeito, a ação popular se prestou efetivamente à tutela de algumas situações extremamente importantes, sobretudo a partir de 1977, quando a Lei 6.513 previu a possibilidade de suspensão liminar dos atos aos quais se imputava a ilegalidade ou a lesividade”. (BARROSO, Luís Roberto. Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos Comuns e Distintivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 4, p. 233-241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993).

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

¹¹⁰ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32.

¹¹¹ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32.

¹¹² “Os direitos difusos já eram tutelados nas Constituições de 1934 e 1946, bem como em leis esparsas, como a revogada Lei 1.134/50, que regulamentava os direitos difusos atinentes aos funcionários públicos, ou a também revogada Lei 4.215/63, que disciplinava a representação coletiva dos advogados” (LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 56).

¹¹³ “Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob o processo coletivo (...)” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58). Aqui, faz-se a ressalva que os interesses coletivos *latu sensu* não eram ainda classificados em difusos, coletivos e individuais homogêneos anteriormente, como faz parecer o autor. Esses direitos existiam, mas não sob tais nomenclaturas e classificação.

¹¹⁴ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 243.

Fazia-se necessário, portanto, promover uma “desvinculação dos direitos transindividuais da propriedade estatal”¹¹⁵. Foi nesse contexto que em 24 de julho de 1985 surgiu a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e logo em seguida a Constituição Federal de 1988¹¹⁶. A Ação Civil Pública passou a tutelar outros direitos difusos não abarcados pela Ação Popular e desvinculados do patrimônio estatal (como os direitos ligados ao meio ambiente e ao consumidor). A partir desse momento, a defesa coletiva passou a ser possível contra toda e qualquer pessoa - jurídica ou física, de direito público ou privado - que cometesse ofensa aos interesses coletivos¹¹⁷. Além de ampliar o rol de direitos tutelados, a Lei da Ação Civil Pública o fez por meio de inúmeros novos princípios e regras que alteraram substancialmente na proteção desses direitos¹¹⁸.

Somados, os dois diplomas normativos provocaram uma mudança de pensamento jurídico relacionada a tutela dos direitos difusos, rompendo uma tradição de pensamento jurídico marcada pela preocupação exclusiva com a tutela individual¹¹⁹. Até então, o direito processual e o direito civil eram regulados por grandes obras do direito individual: (i) o Código de Beviláqua (Código Civil de 1916); e (ii) o Código de Buzaid (Código de Processo Civil de 1973). Ocorreu uma mudança brusca acerca da concepção do acesso à justiça, do direito de participação e da coisa julgada¹²⁰.

¹¹⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32.

¹¹⁶ “Veio a Constituição de 1988 e selou a matéria, incluindo expressamente essa cláusula genérica [a previsão de tutela de ‘outros direitos difusos e coletivos’, via ação civil pública, pelo Ministério Público] que, a rigor, até dispensaria tudo mais, porque, na verdade, os interesses relacionados com o meio-ambiente, os interesses relacionados com o patrimônio público e social e os próprios interesses relacionados com a proteção ao consumidor, desde que não digam respeito a lesões patrimoniais individualmente consideradas, mas sim aos fenômenos que abrangem ou que envolvam um número grande de pessoas, consideradas no seu conjunto, tudo isso entra no conceito de interesses difusos e coletivos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*, v. 61, ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 193-194).

¹¹⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 794.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

¹¹⁹ MARIN, Fábio Sanazard. *Lei da Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 39; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

¹²⁰ Em sentido semelhante, sobre a insuficiência de alguns institutos talhados sob a ótica do processo individual e a necessidade de sua remodelação, ver: BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Agora, é preciso aceitar que um litígio que interesse a uma pluralidade de sujeitos, mas essa pluralidade de sujeitos não estarão presentes no processo e, mesmo assim, serão atingidos pelos seus efeitos¹²¹. Na sequência, será demonstrado que, em verdade, eles “participaram” por meio de um “representante adequado”, previamente definido pelo legislador. É o que leciona Capelletti e Garth:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos¹²².

Nas palavras de Edilson Vitorelli, citando a lição de Capelletti e Garth¹²³, “haveria necessidade de uma “onda renovatória” do acesso à justiça, que varresse esse individualismo e permitisse que os novos direitos fossem tutelados”¹²⁴.

A Lei da Ação Civil Pública foi tão inovadora que inaugurou um novo modelo para tutelar jurisdicionalmente o processo coletivo, diferente do já existente nos Estados Unidos¹²⁵. Considera-se a legislação brasileira em relação aos processos coletivos como uma das melhores, principalmente em decorrência da preocupação de regras tanto de direito material, quanto de direito processual¹²⁶. Como bem aponta a professora Patrícia Pizzol, isso gera uma proteção “muito mais efetiva do que ocorre em outros países, em que as normas de direito material são boas, mas não encontram no sistema processual um meio adequado e eficaz de proteção”¹²⁷.

No século seguinte, houve outra importante inovação legislativa em matéria de direitos coletivos: o Código do Consumidor - CDC (Lei n. 8.078, de 11.09.1990). O CDC foi o

¹²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 50.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹²⁴ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 100.

¹²⁵ MARIN, Fábio Sanazard. Lei da Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 37.

¹²⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões* [Versão eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 48.

¹²⁷ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões* [Versão eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 48.

responsável por conceituar os direitos coletivos, bem assim como incluir no rol de direitos coletivos, os direitos individuais homogêneos. Sobre esses direitos, tratáramos melhor mais adiante.

Uma importante legislação para o objeto de estudo deste trabalho foi a Lei n. 7.913/89 (Lei de proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários) que inaugurou e regulou a possibilidade de uma *ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários*. Trata-se, portanto, de “nova forma” de Ação Civil Pública, justificada pelo interesse público no desenvolvimento do mercado de capitais¹²⁸. O procedimento dessa nova ação, como veremos, é o mesmo da ação civil pública da Lei n. 7.347/1985.

Outras leis sobre direitos e processos coletivos foram formuladas posteriormente, como a Lei n. 7.853/89 (proteção das pessoas portadoras de deficiências), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 8.842/94 (Lei da Política Nacional do Idoso); a Lei n. 8.884/94 (Lei de Infrações à ordem econômica), a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), entre outras.

Todas essas leis e Códigos, juntamente com o CPC¹²⁹ integram o que se chama de microsistema processual coletivo¹³⁰.

3.1.2. Direitos coletivos *latu sensu* e possíveis classificações e distinções

Como visto, o processo coletivo surgiu a partir da necessidade de tutelar jurisdicionalmente direitos coletivos *latu sensu*, hoje divididos pelo Código do Consumidor em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos homogêneos individuais. Mas o que são esses direitos? Por muitos anos a doutrina se esforçou para conceituar e diferenciar essas espécies elencadas pelo CDC. Em que pese reconhecida a importância de tal distinção à época

¹²⁸ CLARO, Carlos Roberto. Ensaio sobre a Lei 7.913/89. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 47-64; WALD, Arnold. In: ZACLIS, Lionel (coord.). *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 73. Na mesma linha: LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 56.

¹³⁰ Sobre o microsistema processual coletivo, ver: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 71-74.

da publicação da codificação, atualmente essa classificação vem sendo alvo de duras críticas, as quais foram inicialmente formuladas pelo autor Edilson Vitorelli¹³¹.

No art. 81 do Código do Consumidor há que os interesses ou direitos¹³² *difusos* são direitos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; os direitos ou interesses *coletivos* são “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e, por fim, os interesses ou direitos *individuais homogêneos* são “os decorrentes de origem comum”.

Sendo assim, pode-se observar que os dois primeiros (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) são transindividuais e indivisíveis. A diferença reside no fato de que a titularidade dos direitos difusos cabe a um número indeterminado de pessoas e a titularidade dos direitos coletivos cabe a um grupo¹³³. Noutras palavras, no primeiro caso não é possível determinar a quantidade de sujeitos que são titulares do direito; e, no segundo caso, esse número é determinável¹³⁴.

Por outro lado, os direitos individuais homogêneos não compartilham das características dos direitos difusos e coletivos (isto é, não são transindividuais e indivisíveis). Para o professor Antonio Gidi, “tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)”¹³⁵. Ou seja, eles seriam direitos

¹³¹ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹³² Sobre a diferenciação entre o que é interesses e o que é direito, ressalta-se a seguinte lição de Tereza Arruda Alvim: “Em primeiro lugar, parece imprescindível fixar-se a absoluta inutilidade de se apontarem traços distintivos entre as figuras Direito e Interesse, neste caso. Embora se possa aludir à existência de diferenças que teriam algum interesse doutrinário, do ponto de vista pragmático carecem de importância, pois que desprovidas de qualquer utilidade. O ideal seria, em nosso entender, chamar esses “interesses” de direitos, que é o que temos feito e continuaremos a fazer” (ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-109. Em sentido idêntico: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 364-365; Os professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti fazem uma crítica em relação a utilização equivocada da palavra interesses pelo CDC: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 89-96.

¹³³ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-109.

¹³⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-109.

¹³⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20; ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, 1995.

tutelados coletivamente em razão da escolha do legislador, que expressamente previu essa possibilidade¹³⁶. Originalmente, a doutrina cuidou de separar tais hipóteses inclusive processualmente, pois não consideravam a ação civil pública como um procedimento apto para tutelar os direitos individuais homogêneos¹³⁷.

Os autores Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe fazem ainda uma outra classificação, em que dividem os direitos coletivos *latu sensu* em *litígios essencialmente coletivos e litígios acidentalmente coletivos*¹³⁸. Para os autores, o primeiro se caracterizaria tanto por tratar de litígios que dizem respeito a um número indeterminado (para efeitos práticos) de sujeitos, quanto pela indivisibilidade do seu objeto (v.g. meio ambiente). Por outro lado, os autores entendem que os *litígios acidentalmente coletivos* seriam aqueles em que o objeto seria cindível; cada um tem o seu direito a tanto. Poderíamos dizer que, portanto, os direitos difusos e coletivos seriam enquadrados como direitos essencialmente coletivos; e os direitos individuais homogêneos seriam enquadrados como os *direitos acidentalmente coletivos*¹³⁹.

Em relação a concepção de parte da doutrina acerca dos direitos individuais homogêneos serem “direitos individuais coletivamente tratados”¹⁴⁰ ou ainda “acidentalmente coletivos”, os professores Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. fazem uma crítica e afirmam que essa visão seria “excessivamente restritiva e afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva”¹⁴¹. Para os autores, a tutela dos direitos individuais homogêneos não se limita aos direitos individuais das vítimas. Há uma tutela coletiva comprovada *dentre outras características* pela possibilidade de reversão dos valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (quando não se habilitarem titulares suficientes), por exemplo¹⁴². Logo, não são direitos estruturalmente individuais, mas coletivos.

Nesse trabalho, compartilha-se do entendimento que os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos e compartilham dos princípios que regem esses direitos não só por

¹³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹³⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 799-801.

¹³⁸ WATANABE, Kazuo; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*. Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-197. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42.

¹³⁹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões* [Versão eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 49.

¹⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 102-104.

¹⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 102-104.

expressa previsão legal, mas porque são sim mais amplos que os direitos individuais e comportam uma carga de coletividade. Desde a Lei n. 8.078/1990 que se uniformizou o procedimento, essa discussão perdeu a força, eis que independentemente de qual direito envolvido, via de regra, o litígio será processado por meio de uma ação civil pública (salvo existência de um procedimento coletivo mais específico)¹⁴³, com pouquíssimas peculiaridades de diferenciação do procedimento (como a publicação de edital e a intervenção da vítima)¹⁴⁴.

Como será visto, é possível (e comum) que em uma mesma ação civil pública estejam sendo discutidos mais de uma espécie de direito coletivo¹⁴⁵. Na prática, sempre foi uma grande dificuldade dos operadores do direito (e também da doutrina, como já demonstrado) tentar distinguir e separar esses direitos. Quando ocorre um ato violador, esse ato, via de regra, envolve mais de uma espécie de direito coletivo.

Mais que isso, os direitos transindividuais não se comportam da mesma forma que os outros direitos, eis que permanecem em um estado de indeterminação em que não é possível precisar qual o exato conteúdo ou a quem pertencem (sua titularidade) até que seja efetivamente violado¹⁴⁶. Observando essas peculiaridades, o professor Edilson Vitorelli percebeu que não haveria sentido tentar classificar os direitos:

Da mesma forma que o universo quântico não se comporta de acordo com a mecânica newtoniana, os direitos transindividuais não se portam como os demais direitos. Eles existem na sociedade em um estado de indeterminação, não sendo possível precisar a quem pertencem ou qual o seu exato conteúdo. Entretanto, a violação interfere nesse estado e faz com que os direitos transindividuais possam ser definidos e sua titularidade delimitada, pelo menos em alguma medida, de acordo com cada litígio. Isso não significa que, em outro litígio, anterior ou posterior, a definição que foi fixada seja aplicável. Cada violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise. Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, produz-se um novo conceito de meio ambiente, cujos titulares serão definidos a partir das características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação. Logo, não faz sentido buscar uma classificação

¹⁴³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 799-801.

¹⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*.v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110.

¹⁴⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões* [Versão eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 52.

¹⁴⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 38-39.

de direitos, mas, sim, de litígios. São eles que apresentam variação empiricamente verificável, passível de ser utilizada pelo ordenamento jurídico como parâmetro analítico para o processo coletivo. Propõe-se, da mesma forma que Elliott e Turner dividiram os diferentes conceitos de sociedade em três categorias, fixar três categorias de litígios transindividuais, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão.¹⁴⁷

A proposta do professor Edilson Vitorelli e já encampada por outros autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁴⁸ é que a classificação seja, portanto, por *litígios coletivos* e não por *direitos coletivos*. Por sua vez, entende-se que os litígios coletivos são um: “conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais”¹⁴⁹.

Nesse contexto, para o autor, os litígios coletivos seriam divididos de acordo com o grau de *conflituosidade*¹⁵⁰ e *complexidade*¹⁵¹ em: (i) litígios coletivos de difusão global; (ii) litígios coletivos de difusão local; (iii) litígios coletivos de difusão irradiada.

Os litígios de difusão global serão aqueles em que o dano provocado pela lesão ele não prejudica alguém em específico. Isto é, quando há “uma lesão que não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa”¹⁵². Nesse caso, a titularidade é da sociedade, pois o bem interessa genericamente a todos. Aqui, o grau de conflituosidade e complexidade tendem a ser baixos.

¹⁴⁷ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 38-39.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110-119.

¹⁴⁹ “Conceituar um litígio coletivo não é tarefa fácil. Significa buscar uma nota distintiva entre indivíduo e grupo que, muitas vezes, não existe ou é muito tênue. Tendo em mente essa ressalva, é possível dizer que litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Em inglês, os litígios são referidos como *disputes*. Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. O litígio coletivo se instala quando um grupo de pessoas é lesada enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas, em particular, mas contra o todo”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 37).

¹⁵⁰ O grau de conflituosidade mede-se de acordo com uma série de fatores relacionados aos membros do grupo e como eles foram atingidos. A conflituosidade será maior se esses membros forem atingidos de maneira não uniforme, pois isso certamente provoca divergência de opiniões. Além disso, quanto maior o impacto sofrido pelos indivíduos afetados, maior importância será dada ao processo e o grau de conflituosidade também será maior. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 38).

¹⁵¹ Um litígio será complexo “quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação”. Assim, quanto maior for a variedade com que se pode tutelar esse litígio, mais complexo ele será. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 38).

¹⁵² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40.

Os litígios de difusão local são aqueles que atingem um grupo (ele denomina de comunidades) de forma específica e grave. Aqui, a conflituosidade será média.

Os litígios coletivos de difusão irradiada é quando o litígio “afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio”¹⁵³. Noutras palavras, quando “o dano é distribuído de maneira distinta, qualitativa e quantitativamente, entre os integrantes da sociedade”¹⁵⁴. Aqui, o grau de conflituosidade e complexidade tendem a serem altas. Mancuso os denomina de megaconflitos¹⁵⁵.

Essa nova classificação tem importantes repercussões.

Primeiro, resolve a situação dos direitos individuais homogêneos por meio da dissolução dos critérios de diferenciação entre eles os direitos transindividuais (identificação dos titulares e a cindibilidade do objeto), eis que ao reconceituá-los, todos passam a ser, em maior ou menor grau, identificáveis. Além disso, a indivisibilidade dos direitos transindividuais nem sempre existe, dependendo do modo em que é posta em juízo¹⁵⁶.

Segundo e mais importante do ponto de vista prático, a partir da nova classificação agora é possível diferenciar o procedimento, o que não era possível de ser feito a partir da classificação por direitos. A importância dessa nova classificação reside na possibilidade de, dependendo de qual litígio seja, o procedimento venha a ser também *adequado* a esse litígio, portanto. Como visto, em que pese os procedimentos coletivos sejam obrigatórios em decorrência de interesse público primário, eles não são inalteráveis e podem ser flexibilizados. As técnicas que não forem essenciais podem ser retiradas e podem ser incluídas técnicas outras, desde que adequadas.

Mais que isso, “o princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo adequado às peculiaridades do caso concreto” e não apenas no plano legislativo abstratamente¹⁵⁷. Sendo assim, a classificação por litígio nos permite pensar em estruturas diferentes para cada um dos tipos de conflito.

¹⁵³ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 42.

¹⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 42.

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p.107.

¹⁵⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 47.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 111.

3.1.3. Principais Conceitos: processo coletivo, tutela coletiva e ação coletiva.

Há, como visto, muita controvérsia sobre os principais conceitos relacionados ao microsistema processual coletivo. Não há consenso na doutrina nem mesmo acerca do conceito de *processos coletivos e ação coletiva*.

O professor Antonio Gidi entende que *ação coletiva* é aquela “proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”¹⁵⁸.

Também incluindo a legitimidade no conceito da ação coletiva, entende o professor Humberto Theodoro Jr., que ações coletivas são aquelas caracterizadas pela circunstância de “atuar o autor não em defesa de um direito próprio, mas em busca de uma tutela que beneficia toda a comunidade ou grandes grupos, aos quais compete realmente a titularidade do direito material invocado”¹⁵⁹.

No entanto, neste trabalho, entende-se que mais adequado se mostra o conceito de processos coletivos formulados pelos os professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que optaram por retirar da definição de processo coletivo as técnicas da legitimidade e da coisa julgada, pois não são técnicas específicas dos processos coletivos. Além disso, cuidaram de diferenciar ação de processo coletivo.

Para os autores, o processo coletivo “é aquele *em que se postula um direito coletivo latu sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos p. ex)* de titularidade de um grupo de pessoas”¹⁶⁰; e a ação coletiva é a “*demanda que dá origem a um processo coletivo*”¹⁶¹.

¹⁵⁸ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20; ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, 1995.

¹⁵⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4.

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo [Versão Eletrônica]. *Revista de Processo*. v. 229, p. 273-280. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 02; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 36.

¹⁶¹ “a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo [Versão Eletrônica]. *Revista de Processo*. v. 229, p. 273-280. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 03; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 39).

Por fim, a tutela jurisdicional difere-se dos institutos acima, como já pontuado no tópico posterior, eis que a tutela é o resultado proporcionado por um procedimento¹⁶². Nas palavras dos professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a tutela jurisdicional coletiva é a:

“a proteção que se confere a uma situação *jurídica coletiva ativa* (direitos coletivos *lata sensu* de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica *coletiva passiva* (*deveres ou estados de sujeição coletivos*).”¹⁶³

Assim, a tutela jurisdicional coletiva é o *resultado* ou a *proteção* concedida ao final do processo coletivo.

3.2. AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Delimitado o conceito de ação coletiva, pode-se dizer que a ação civil pública – cujo procedimento está previsto na Lei n. 7.347/85 - é uma *espécie* de ação coletiva¹⁶⁴. Existem outras ações coletivas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a ação de improbidade administrativa. Dessa forma, a ação civil pública é uma entre várias ações coletivas que existem hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais que isso: o procedimento previsto de forma integrada na Lei de ação civil pública e no CDC pode ser encarado como o procedimento comum¹⁶⁵ das ações coletivas¹⁶⁶. Nas palavras do professor Rodolfo de Camargo Mancuso, a ação civil pública é “o parâmetro processual básico para a tutela dos interesses metaindividuais”¹⁶⁷. inclusive dos direitos ainda

¹⁶² “a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 01. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 493).

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo [Versão Eletrônica]. *Revista de Processo*. v. 229, p. 273-280. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 3; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 39.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 39. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 823.

¹⁶⁵ Procedimento comum não na concepção abordada neste trabalho (que entende que todo e qualquer procedimento que não o procedimento previsto no CPC a partir do at. 328 é um procedimento especial), mas na sua visão dinâmica e comparativa. Ou seja, analisando o microsistema processual coletivo, dentre todos os procedimentos coletivos, a ação civil pública seria o procedimento comum. Sobre o tema, ver capítulo 1.

¹⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 20. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 83.

¹⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

não positivados expressamente no art. 1º e incisos da LACP, mas que seriam cabíveis por força do inciso IV.

3.2.1. Características Gerais

Como visto, a lei da ação civil pública foi extremamente inovadora dado o seu caráter processual e material, avançando na frente de outras legislações coletivas de outros países. Inclusive, há quem afirme que a ação civil pública brasileira funciona melhor que a *class action* do direito americano¹⁶⁸. Para Fábio Marin a ação civil pública é tão grandiosa que seria a grande criação do direito processual brasileiro, comparativamente ao que a *duplicata* (grande título de crédito criado no Brasil) seria para o nosso direito comercial¹⁶⁹.

Em relação ao objeto da ação civil pública, há no art. 1º da Lei n. 7.347/1985 um rol *exemplificativo* dos direitos que podem ser objeto de uma ação civil pública. Esse rol cita que é possível a proposição de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e *a outros direitos ou interesses difusos e coletivos*. Ainda, por expressa previsão do art. 81 do CDC passou a ser possível ajuizar uma ação civil pública também em decorrência de violação aos direitos individuais homogêneos.

Conclui-se, portanto, que há uma larga abrangência de direitos que podem ser tutelados por meio da referida ação. Há expressamente na referida lei, apenas algumas restrições, relacionadas a pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Contudo, ainda depois desses avanços, ainda foi possível encontrar interpretações restritivas das pretensões que são tuteláveis por meio de Ação Civil Pública por parte dos tribunais pátrios¹⁷⁰, por uma equivocada interpretação do art. 1º da LACP e do desconhecimento da aplicação do art. 81 do CDC¹⁷¹.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos Comuns e Distintivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 4, p. 233 – 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁶⁹ MARIN, Fábio Sanazard. Lei da Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 39.

¹⁷⁰ TRF- 4ª Região. REO 7674-SC, rel. Pedro Gebran Neto, DJU 06.09.2000, p. 1444; TRF-1ª Região, 3ª Turma. AC 19980100061 3858-MG. Rel. Julier Sebastião da Silva, DJU 22.01.2002, p. 78.

¹⁷¹ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248-251.

Atualmente, destaca-se que o mecanismo continua sendo muito utilizado principalmente para fins de minimizar os efeitos da pandemia do coronavírus (SARS-COV-2)¹⁷². O Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Repercussão, instituído pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vêm acompanhando as ações ajuizadas relacionadas ao COVID-19. De acordo com os dados divulgados, dentre as 2.549 (duas mil, quinhentas e quarenta e nove) ações civis públicas ajuizadas até 10/05/2021, 2.391 (duas mil, trezentos e noventa e uma) são relacionadas ao COVID-19¹⁷³.

3.2.2. A ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários

Em 1989 foi editada a Lei n. 7.913 (mais conhecida como lei de proteção dos investidores no mercado de valores imobiliários) que inaugurou a possibilidade de promover-se a *ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários*. Passar-se-á a tratar sobre as peculiaridades dessa ação em relação à ação civil pública da Lei n. 7.347/85.

3.2.2.1. Aspectos introdutórios e necessidade da criação da Lei n. 7.913/1989.

Há quem afirme que a referida lei criou uma *nova forma* de Ação Civil Pública, justificada pelo interesse público no desenvolvimento do mercado de capitais¹⁷⁴. Contudo, não parece correto dizer que é uma nova forma de ação civil pública, eis que a referida lei determina no seu art. 3º, que se aplica, no que couber, o disposto na Lei n. 7.347/85. Logo, o procedimento é o mesmo da ação civil pública, o que é novo é o direito coletivo que passou a ser tutelado.

À rigor, não era nem mesmo necessário que a possibilidade de uma ação civil pública para proteção dos investidores fosse expressamente e especificamente positivada. Como visto, o objeto da ação civil pública é muito amplo, sendo possível tutelar todo e qualquer direito coletivo *latu sensu* que não esteja expressamente excluído pela Lei. Sendo assim, a proteção

¹⁷² JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. 35 anos da Ação Civil Pública: métodos adequados de solução de conflitos e desafios da atualidade. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1119-1136.

¹⁷³ Disponível em: <<https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/acoes-judiciais/>>. Acesso em 22 de mai. de 2021, às 10:19h.

¹⁷⁴ WALD, Arnold. In: ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

coletiva desses investidores estaria também incluída por decorrência lógica: o interesse na proteção do mercado de capitais é de toda a coletividade. Noutras palavras, o cabimento da referida ação poderia ser presumido.

Contudo, naquele momento a ação civil pública ainda era muito recente e permeavam ainda algumas discussões relacionadas aos direitos individuais homogêneos, como visto acima. Ainda não havia sido editado o Código de Defesa do Consumidor que ampliou a hipótese de cabimento da ação civil pública para os direitos individuais homogêneos. Dessa forma, a Lei e a segurança de constar expressamente essa possibilidade era necessária naquele momento. Além disso, o contexto histórico era de tentativa de fortalecimento e recuperação do mercado de capitais, que ainda não havia se recuperado da crise que se instaurou após o *boom* de 1971¹⁷⁵ e do descontrole da inflação da década de 80¹⁷⁶.

Muitas dessas tentativas foram legislativas. Em 1976 foram introduzidas duas importantes legislações, a Lei de Sociedade Anônimas (Lei n. 6404/1976) e a Lei do Mercado de Capitais (Lei n. 6385/1976) – essa última foi responsável pela criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Nessa linha, visando conceder ainda mais uma fonte de segurança para contribuir ao desenvolvimento do mercado de capitais que se criou a referida lei de ação civil pública para proteção dos investidores em 1989. Ela não era necessária para o cabimento da referida ação, mas era fundamental para dar segurança para os investidores e auxiliar no desenvolvimento do mercado naquele momento. Tudo relacionado ao mercado de capitais precisa ser o mais seguro possível.

Uma ressalva importante sobre essa proteção aos investidores: o intuito não é de apenas ressarcir os investidores efetivamente lesados por um determinado ilícito praticado no mercado de capitais. O espectro é muito mais amplo. É de interesse público a regulação dessa atividade, pois é importante para um país que seu mercado de capitais seja seguro, confiável e bem desenvolvido¹⁷⁷. É preciso que haja segurança tanto para as companhias, quanto para os

¹⁷⁵ “O volume anual de transações nas Bolsas cresceu mais de quatro vezes em 1971 (em valor real), para declinar fortemente de 1972 a 1974” (MACARINI, José Pedro. Um aspecto da política econômica do “milagre brasileiro”: a política de mercado de capitais e a bolha especulativa 1969-1971. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 38, n. 1, p. 151-172, 2008.)

¹⁷⁶ NOBREGA, Maílson da. O futuro chegou. *Instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Editora Globo, 2005, 329. Ainda, ressalta-se que “No país, houve a edição do “Plano Verão” com a criação do Cruzado Novo, moeda que entrou em circulação no dia 16/01/1989; o Brasil se encontrava mergulhado em profunda crise inflacionária” (CLARO, Carlos Roberto. Ensaio sobre a Lei 7.913/89. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 47-64)

¹⁷⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 563; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989: a tutela jurisdicional do mercado de valores mobiliários. *Revista dos Tribunais*, v. 667, 1991, p. 71.

investidores. E é de fundamental importância para a credibilidade do mercado de capitais que os investidores sejam indenizados de forma adequada pelos eventuais danos sofridos por ilícitos praticados no mercado de valores mobiliários¹⁷⁸. Ainda mais no Brasil, um país marcado por constantes escândalos de corrupção, *insider trading* e outros ilícitos praticados contra o mercado de capitais.

Sobre esse tema, destaca-se a lição do professor Lionel Zaclis:

embora não afaste o ressarcimento dos indivíduos lesados, o objetivo fundamental da ação de que trata a Lei 7.913/1989 é o de fazer atuar a lei, impedindo que os infratores tirem proveito da violação praticada, verificando-se, destarte, o predomínio do objetivo repressivo em relação ao escopo simplesmente indenizatório¹⁷⁹.

Noutras palavras, há uma preponderância em reprimir as condutas lesivas (dar segurança ao mercado) e não somente indenizar investidores diretamente lesados. É aqui que fica bem evidente o caráter coletivo dos interesses¹⁸⁰. Os danos e ilícitos praticados contra o mercado de capitais para também lesionam de forma indireta investidores em potenciais e toda uma coletividade. Fora que, apesar de os danos individualmente considerados não serem de grande monta, ao juntar esses danos, tornam-se significativos. É exatamente o que esclarece o Ministro de Estado da Fazenda, Máílson da Nobrega, na exposição de motivos n. 359 da referida Lei em 31.10.1988, veja-se o seguinte trecho:

A crescente pulverização das participações acionárias no mercado de valores mobiliários possibilitou a criação de um tipo especial de consumidor – que é o titular desses valores – minoritário na estrutura de poder da sociedade, inteiramente despreparado para enfrentar os sofisticados mecanismos de negociação em bolsa ou balcão.

Outrossim, os prejuízos causados a esses investidores por infrações cometidas nesse mercado, embora atinjam imediatamente uns poucos identificados, mediatamente dizem respeito a toda u'a massa de

¹⁷⁸ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 39; CERZETTI, Sheila Neder. *Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº. 6.385/76* (coords. Gabriela Codorniz e Laura Patella). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 122. CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. *Regulação e autorregulação do Mercado de bolsa*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 156. SADDI, Jairo. “Qual é o melhor sistema jurídico para o mercado de capitais?” In: *Direito Societário - desafios atuais* (coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos Aragão). São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 223. LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; e SHLEIFER, Andrei. Investor Protection and Corporate Valuation. *The Journal of Finance*, v. 56, 2002. p. 1.147-1.170.

¹⁷⁹ ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153.

¹⁸⁰ CLARO, Carlos Roberto. Ensaio sobre a Lei 7.913/89. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 47-64; MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 563; ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

indivíduos que, embora igualmente lesada, desconhece o direito que possuem de exigir o ressarcimento de seus prejuízos.

Basta atentar, *exempli gratia*, para o caso de utilização de informação privilegiada, quando o comprador ou o vendedor de ações ignora a atuação de administradores ou de pessoas que constituem os “insiders”. Em tais circunstâncias, apesar de os prejuízos do investidor, isoladamente considerado, serem de pequeno vulto, não justificando os custos de uma demanda judicial, quando somados, atingem quantias expressivas, superiores mesmo ao proveito auferido pelos infratores, desde que considerada, como nexos causal, a própria ação ou omissão e não a relação jurídica contratual resultante do pacto firmado entre compradores e vendedores.

Assim sendo, a defesa dos interesses pertinentes a toda uma classe de investidores constitui, por sua especial relevância, no que tange à normalização do mercado de valores mobiliários, dever do Estado proteger os interesses difusos do elevado número de pequenos investidores que nele aplicam suas poupanças. (...) ¹⁸¹

Portanto, vê-se a importância de existirem meios adequados e eficazes de solução de conflitos coletivos oriundos de lesões praticadas contra os investidores, bem assim como o caráter coletivo desses direitos, que ultrapassam o mero ressarcimento dos investidores lesados.

3.2.2.2. Dispositivos e peculiaridades do procedimento. A questão da legitimidade extraordinária do Ministério Público.

Apesar de tamanha importância da referida legislação, ela é bastante curta e é composta apenas de cinco artigos.

O art. 1º cuida de conferir a legitimidade para propor a ação ao Ministério Público (MP) de ofício ou a requerimento da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Além disso, cuida de listas hipóteses *exemplificativas* e não exaustivas de cabimento da referida ação.

São três exemplos listados: (i) operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; (ii) compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas;

e (iii) omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa.

A legitimidade conferida ao Ministério Público foi (e ainda é) motivo de intensa discussão na doutrina. Aliás, a legitimidade é um tema muito polêmico nos processos coletivos de forma geral, como será tratado na sequência. Na exposição de motivos, o referido Ministro da Fazenda relata-se que a escolha do Ministério Público considerou os interesses de toda uma comunidade e deve-se a:

capacidade de agir na defesa dos seus interesses, o que se coaduna com o mister que lhe é tradicionalmente imputado, na condição de "fiscal da lei", qual seja atuar em prol da sociedade como um todo do pela preservação dos direitos metaindividuais.¹⁸²

Mas a justificativa não foi suficiente. De forma geral, muito se questionou as razões pelas quais a Comissão de Valores Mobiliários não foi incluída, nem mesmo como legitimado concorrente.

Aqui, cabe dar um passo atrás e entender mais acerca dessa autarquia. A CVM foi criada pela Lei n. 6.385/76 que estabeleceu no art. 4º, IV, a atribuição da CVM “para proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra: a) emissões irregulares de valores mobiliários; b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários; c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários”.

Mais que isso, após a alteração da referida lei promovida pela Lei nº. 9.457/1997, foi concedido à CVM o poder de celebrar Termo de Compromisso (TC) com as companhias que praticassem atos ilícitos no mercado de capitais. O Termo de Compromisso se assemelha bastante aos Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público e funcionam como meios consensuais de solução de conflitos¹⁸³. Atualmente, o procedimento para celebração do Termo de Compromisso está regulado pela Instrução n. 607/2019 da CVM. Caso

182

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=446E9429F912535416769FE785924D19.proposicoesWebExterno2?codteor=1150836&filename=Dossie+-PL+1318/1988>. Acesso em: 24.05.2021, às 15:30h.

¹⁸³ Nas palavras de Viviane Muller Prado e Reno Vilela é uma “via administrativa consensual, com dinâmica sumária e negociada, para cumprir a condição de reparação de danos” (PRADO, Viviane Muller; VILELA, Renato. Indenização de investidores por termo de compromisso. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 826.)

a infração afete a integridade do mercado e não um grupo possível de ser determinado, o valor fixado a título de reparação será direcionado ao Tesouro Nacional¹⁸⁴.

Na sequência, a Lei n. 10.303/2001 atribuiu à CVM a competência para apurar e punir condutas fraudulentas no mercado de valores mobiliários, por meio de um procedimento administrativo sancionador (PAS). Essas condutas, por vezes, prejudicam um número significativo de investidores, de modo a ganhar contornos de uma violação a direitos coletivos, na espécie de direitos individuais homogêneos. A CVM ainda possui legitimidade para gerir as indenizações que são pagas aos investidores e o redirecionamento do excedente para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), atuando como uma *claims resolution facilities*¹⁸⁵.

Diante de todas essas competências que lhe foram concedidas ao longo dos anos e sua ligação muito mais próxima com o mercado de capitais, a CVM desponta como um legitimado extraordinário muito mais apto para ajuizar ações coletivas do que o próprio Ministério Público. Não faz qualquer sentido defender que essa autarquia não deva possuir, nos dias de hoje, legitimidade para propor ação civil pública para defender os direitos coletivos dos investidores. Faz-se, nesse ponto, urgente uma alteração legislativa para ampliar o rol de legitimados, passando a incluir também a CVM.

Na prática, o que vem ocorrendo é uma atuação conjunta da CVM e do MP tanto na celebração de TC e TAC, quanto no ajuizamento de Ações Coletivas¹⁸⁶.

A doutrina majoritária defende que, apesar do artigo expressamente conceder legitimidade para ajuizamento dessas ações coletivas somente ao MP, deve ser feita uma

¹⁸⁴ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais. Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

¹⁸⁵ Sobre atuação da CVM como *claims resolution facility*, foi inicialmente verificada no Caso Vailley pelos autores Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. na seguinte obra: CABRAL, Antônio 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*. Ano 44, vol. 287. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁸⁶ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. As atuações conjuntas da CVM e do MPF na Tutela Coletiva. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 13-29; Na jurisprudência, tem se concedido a legitimidade ativa dos dois entes: “1- A jurisprudência é pacífica, no sentido de que a eventual insurgência recursal é disciplinada pela lei processual vigente na data da publicação do ato judicial impugnável. 2- Há pretensão de tutela de direito difuso indisponível, consistente no pleno e leal funcionamento do mercado de capitais. Há legitimidade processual do Ministério Público Federal nos termos do artigo 129, inciso IV, da Constituição Federal. 3- O artigo 8º, inciso III, da Lei Federal nº. 6.385/76 atribui à CVM competência para a fiscalização permanente do mercado de valores mobiliários. No exercício dessa fiscalização, cumpre-lhe atuar em conjunto com o Ministério Público Federal, na esfera judicial (daí a previsão do artigo 1º, da Lei Federal nº. 7.913/89). A interpretação restritiva do 1º, da Lei Federal nº. 7.913/89 não se coaduna com os princípios fundamentais do Microsistema Processual Coletivo. (...)” (TRF-3, 6ª Turma. AI n. 00088271920164030000 SP, Relator Juiz Convocado Leonel Ferreira, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 14/06/2019)

interpretação extensiva, de modo que estariam legitimados também todos os entes determinados pela Lei n. 7.347/85¹⁸⁷.

Ainda mais à frente, o professor Lionel Zaclis, inspirado no regime de legitimidade aplicável às *class actions* estadunidenses, entende que, para além de ampliar o rol para a CVM, deve-se estender também para outros entes da iniciativa privada. Para que essa ideia funcione de forma adequada, defende também que deve haver ser dado o poder ao juízo de analisar no caso concreto se o representante é adequado:

Não corresponde à melhor solução restringir-se a legitimação ativa do Ministério Público, tal como faz a Lei 7.913/89, até porque, dependendo das circunstâncias, poderá ele não ser um representante adequado. A legitimação deve ser estendida também a comissão de Valores Mobiliários (CVM) – de modo a facultar-se-lhe atuação idêntica à de sua congênera estadunidense, a *Securities and Exchange Commission* (SEC) -, assim como a integrantes da iniciativa privada, sejam indivíduos, sejam associações de defesa dos investidores, atribuindo-se ao juiz, na esfera de seu poder discricionário, a escolha do representante adequado¹⁸⁸

O artigo 2º da Lei 7.913/89, por sua vez, cuida de prever como será o ressarcimento dos danos provocados aos investidores, determinando que o que for recebido a título de condenação será revertido para os investidores diretamente lesados, na proporção do prejuízo que sofreram. Os investidores serão convocados por meio de um edital para que requeiram, se assim desejarem, a habilitação do seu crédito.

Em 1995, foi incluído nesse artigo, o parágrafo segundo, que determina que a quantia restante (ou seja, caso não habilitem-se investidores lesados o suficiente para receber suas indenizações) seja transferida para o Fundo de Direitos Difusos (FDD) previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985. Aqui, vê-se claramente que o espectro de proteção vai além dos efetivos investidores lesados. Se antes dessa alteração havia alguma dúvida quanto ao caráter coletivo que esses direitos tinham, ela foi certamente sanada.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ação Civil Pública - Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130-131; BRUSCATO, Wilges. A proteção judicial aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v. 8, p. 877-902. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Lei 7.913/89, de 7 de dezembro de 1989: a tutela judicial do mercado de valores mobiliários. *Revista dos Tribunais*. vol. 667. p. 70-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 72; ZUFELATO, Camilo. Tutela Jurisdicional Coletiva Dos Investidores no Mercado de Capitais e dos Sócios Minoritários e a Judicialização da Negativa de Fusão entre Pão de Açúcar e Carrefour. *Revista de Processo*, v. 233. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151-211.

¹⁸⁸ ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198.

Por fim, o artigo 3º dispõe que será aplicável, no que couber, as disposições da Lei de Ação Civil Pública. Logo, todo o resto do procedimento seguirá o rito da ação civil pública disposto de forma integrada na Lei n. 7.347/1985 e no CDC.

3.2.3. As técnicas diferenciadas da ação civil pública e uma análise acerca da sua essencialidade.

São milhares de técnicas que podem vir a ser utilizadas em uma ação civil pública. Essas ações, como visto, precisam se adequar as peculiaridades dos casos concretos coletivos e isso pode ser feito por meio da inserção de técnicas comuns, outras técnicas diferenciadas provenientes de outros procedimentos, ou até mesmo a partir da criação de técnicas via negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes ou a flexibilização judicial. Assim, seria impossível e exaustivo tratar neste trabalho sobre toda e qualquer técnica que pudesse vir a ser utilizada nesses procedimentos.

Dessa forma, ater-se-á a tratar apenas das técnicas especiais que estão positivadas no microsistema processual coletivo para as ações civis públicas de proteção aos investidores, regulada, procedimentalmente, pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. No mais, a ação civil pública é um procedimento obrigatório decorrente de interesse público primário, portanto, via de regra, essas técnicas diferenciadas possuem caráter *obrigatório*. Contudo, como visto, é preciso analisar se essas técnicas diferenciadas, de fato, fazem parte da *essência* da ação civil pública. Essa análise é importante para, posteriormente, auxiliar na avaliação de quais dessas técnicas são *essenciais* e *adequadas* para serem transportadas ao procedimento coletivo arbitral.

Além disso, algumas questões são igualmente importantes para o estudo dos processos coletivos, mas não são técnicas processuais diferenciadas previstas na Lei de Ação Civil Pública e fogem ao escopo do presente trabalho, então não serão tratadas a seguir. Portanto, passa-se a tratar das principais técnicas diferenciadas previstas para o procedimento de Ação Civil Pública.

3.2.3.1. Legitimidade *ad causam*

Sem dúvidas, as principais discussões relacionadas a ação civil pública (e aos processos coletivos de forma geral) dizem respeito à questão da legitimação *ad causam* (legitimidade para

a causa)¹⁸⁹. Enrico Tullio Liebman a denomina de “pertinência subjetiva da ação”¹⁹⁰. Para o professor Candido Rangel Dinamarco, a legitimidade *ad causam* é “a relação entre o sujeito e causa, ou a situação de um sujeito que, sendo titular de um interesse relacionado com a relação jurídica a ser debatida no processo, recebe da lei a qualidade para atuar em juízo com referência a ela (como demandante ou demandado)”¹⁹¹. De forma mais simples e sem perder a tecnicidade, pode-se dizer que a legitimidade *ad causam* é quando se atribui a um ente “o poder de conduzir validamente um processo”¹⁹².

Via de regra, a legitimidade ativa *ad causam* é atribuída para o titular da situação jurídica que fundamenta a pretensão que se deduz em juízo (legitimidade ordinária)¹⁹³. É quando o legitimado é o próprio titular do direito.

Mas em situações muito singulares, o legislador pode conceder a essa legitimidade ativa *ad causam* para alguém que não seja titular da situação jurídica, atuar em nome próprio para defender direito alheio (legitimidade extraordinária)¹⁹⁴.

Aqui, é importante fazer duas ressalvas. *Primeiro*, a legitimidade *ad causam* não se confunde com a qualidade de ser parte, que se atribui com a mera ocupação de um dos polos da demanda¹⁹⁵. Tanto é assim que existem partes ilegítimas. *Segundo*, a legitimidade extraordinária não se confunde também com a representação processual. O representante defende direito alheio em nome alheio, e não em nome próprio. Logo, o representante não é parte no processo¹⁹⁶.

¹⁸⁹ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

¹⁹⁰ Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 159.

¹⁹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 364-365.

¹⁹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226. Sobre o tema, Enrico Tullio Liebman afirma que “O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoas a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoas com referência à qual (*nei cui confronti*) ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva. Ao dispor que “para formular um pedido em juízo é necessário ter interesse”, o art. 100 do Código de Processo Civil indica claramente que o interesse de agir não apenas deve existir, mas também deve existir precisamente na pessoa que formula o pedido: um estranho não pode validamente invocar (*far valere*) o interesse de agir alheio”, Manual de Direito Processual Civil, p. 157.

¹⁹⁴ “atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja a titularidade afirmada é de outro sujeito” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226.)

¹⁹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 364-365

¹⁹⁶ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, I, 6. ed. Milano, Giuffrè 1964, p. 343-345; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120 e 317-318; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.

E qual o modelo escolhido para as Ações Civis Públicas no Brasil? Quando a referida Lei de Ação Civil Pública foi desenvolvida, existiam duas possibilidades conhecidas¹⁹⁷. A primeira era o modelo americano das *class actions* e já usado na ação popular, em que se atribuía a legitimidade aos próprios indivíduos (legitimação *ad causam* ordinária). A segunda opção conhecida era conceder a legitimação ao Estado (legitimação *ad causam* extraordinária). Essa última também não era bem vista no Brasil, já que muitas vezes era o Estado o próprio violador dos direitos transindividuais¹⁹⁸.

O legislador brasileiro optou por atribuir a legitimação *ad causam* extraordinária¹⁹⁹ nas ações civis públicas, mas para *entes intermediários*, como o Ministério Público e a Defensoria Pública (e não somente ao Estado). Dessa forma, acabou por inaugurar um terceiro modelo, totalmente inovador e diferente dos dois modelos já existentes à época²⁰⁰. A situação foi tão diferenciada que houve quem dissesse que, na verdade, seria necessário desenvolver uma terceira espécie de legitimidade *ad causam* para o modelo brasileiro: legitimação autônoma para a condução do processo²⁰¹. Mas, como bem apontado pelos professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., essa criação é desnecessária e a dicotomia ordinária-extraordinária é capaz de explicar todas as espécies de legitimação²⁰².

Assim, em relação à legitimação *ad causam* ativa, o legislador optou por concedê-la, de forma concorrente, ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e à associação que esteja constituída há mais de um ano²⁰³ e possua como uma de suas finalidades institucionais a proteção a algum dos direitos coletivos *latu sensu* tutelados pela Ação Civil Pública (art. 5º da LACP).

42; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 3, 2011, p. 455-476.

¹⁹⁷ MARIN, Fábio Sanazard. Lei da Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 39.

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. 3.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 176 e 179; VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243.

¹⁹⁹ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226.

²⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. 3.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 176 e 179; VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243.

²⁰¹ NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil - Novo CPC - Lei 73.705/2015*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

²⁰² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226.

²⁰³ Esse critério pode ser dispensado conforme art. 5.º, § 4.º, da LACP, *in verbis*: “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

A técnica usada para realizar essa legitimação é a substituição processual²⁰⁴. O legitimado atua como *substituto processual*. Além disso, pode-se dizer que a legitimação *ad causam* ativa, além de extraordinária e concorrente, também é autônoma, exclusiva e disjuntiva²⁰⁵. *Autônoma* porquê esse legitimado é autorizado a ajuizar e conduzir o processo sem necessitar da participação do titular da situação jurídica. Os titulares do direito, muitas vezes em número indeterminável do ponto de vista prático, não precisam consentir com o ajuizamento da demanda pelo legitimado. *Disjuntiva* porquê um legitimado pode exercê-la independente da vontade do outro colegitimado²⁰⁶. *Exclusiva* porquê o contraditório é considerado regular e firmando apenas com a presença do legitimado²⁰⁷.

É preciso fazer a observação que, tradicionalmente, entendia-se que a legitimação extraordinária só existia a partir de uma autorização legal expressa, em decorrência da norma extraída do art. 6º do CPC de 1973 em determinava que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Logo, a conclusão da doutrina era que toda legitimação extraordinária precisava expressamente ser determinada pelo legislador (*ope legis*)²⁰⁸. Atualmente, o art. 18 do CPC/2015 (correspondente ao art. 6º do CPC/1973) fala em “salvo autorizado pelo ordenamento jurídico” ou revés de “lei”, o que levou a doutrina a acreditar que não somente a Lei é capaz de atribuir a legitimidade extraordinária. Essa mudança (conjuntamente com o art. 190 do CPC) deu margem até mesmo para a defesa da legitimidade extraordinária ativa de origem negocial²⁰⁹.

Mas a legitimidade nos processos coletivos não é assim tão simples se pensada conjuntamente com a coisa julgada e os efeitos da coisa julgada. Explica-se: se pensarmos que um indivíduo que não participou - e nem mesmo foi informado da existência - desse processo,

²⁰⁴ Há uma discussão na doutrina se a substituição processual é espécie do gênero legitimidade extraordinária ou se essas seriam sinônimos. Defendendo a distinção, temos: ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 132-133.

²⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 233. LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.193; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110.

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 233; GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 38.

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 444;

²⁰⁸ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1427; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 215-225; MARINONI, Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

²⁰⁹ Poderia, por exemplo, legitimado ordinário transferir ou estender a sua legitimidade para outro ente, um terceiro, que seria o legitimado extraordinário. Sobre a legitimidade extraordinária negocial, ver: DIDIER JR., Fredie; *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 448-450.

mas será diretamente atingido pelos efeitos vinculantes da sentença proferida em seu bojo, conclui-se, ao mínimo, que não foi respeitado o devido processo legal - em especial, o direito de ser ouvido no processo ou ainda de influenciar, de alguma forma, naquela decisão²¹⁰. No âmbito da tutela coletiva societária: como podem os acionistas sofrerem os efeitos de um processo que não participaram?

É necessário, portanto, pensar em formas de satisfazer esse devido processo legal, contraditório e ampla defesa *sem* ser por meio da inclusão de todos os indivíduos no processo²¹¹. No direito americano, a solução posta foi garantir uma representação adequada (controle da legitimação pelo juiz), a notificação dos membros do grupo (*fair notice*) para que, querendo, exerçam o direito de exclusão (*opt out*) da classe e, conseqüentemente, se desvinculando da sentença²¹². Veja que lá, a coisa julgada será *erga omnes e pro et contra* (isto é, atinge todos os membros do grupo, com exceção daqueles que exerceram o direito de saída)²¹³.

No Brasil, a solução encontrada foi impedir que a ação coletiva possa trazer prejuízos para os interessados. Ou seja, a sentença somente fará coisa julgada para os membros do grupo se o resultado for favorável (conforme art. 103, III, Lei n. 8.078/90). Além disso, a ação coletiva não impede o ajuizamento de uma ação individual, fica resguardada a possibilidade de os indivíduos acessarem direta e individualmente o judiciário em qualquer situação²¹⁴.

Mas a mera permissão legal em abstrato não é capaz de garantir que no processo haverá uma representação adequada e garantir o devido processo legal. Como visto acima, até que a lesão ocorra, sequer é possível dizer quem são os titulares do direito e determinar o grupo. Como pode, o legislador, *apenas em abstrato*, definir os legitimados a demandar esses litígios? Não é suficiente. É possível aplicar aqui o mesmo raciocínio que usamos ao constatar a falência da multiplicação dos procedimentos especiais em detrimento de melhorar o procedimento comum. Ainda que pensasse em todas as hipóteses, o legislador não pode prever todas as situações da vida.

Não há, *expressamente*, nenhuma exigência quanto a representatividade adequada ou notificação dos interessados, como no direito americano. No anteprojeto da LACP, constava no

²¹⁰ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128-129.

²¹¹ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128-129.

²¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 230-231.

²¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 230-231.

²¹⁴ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128-129.

texto original a possibilidade do juiz, caso a caso, analisar promover um exame discricionário acerca da representatividade adequada, mas essa disposição não constou no texto final.

Mesmo assim, dada a importância de avaliar casuisticamente a adequação do legitimado, muito autores vêm defendendo a sua possibilidade, inobstante a inexistência de previsão legal expressa²¹⁵. Os que ainda não admitem a possibilidade, são, ao menos, entusiastas da ideia²¹⁶. É preciso que haja uma representatividade adequada e que seja feito o seu controle *a posteriori*, no caso concreto, pelo juízo da causa.

Esse controle não deve ocorrer somente no ajuizamento da demanda, mas em todo o processo²¹⁷. O art. 17 do CPC/2015 dispõe que é necessário a legitimidade e interesse para “postular em juízo” – e não mais para “propor e contestar ação” como preceituava o art. 3º do CPC/1973. Logo, a abrangência quanto a necessidade de legitimidade é maior, engloba agora outros atos processuais²¹⁸. O que corrobora para a necessidade de promover essa análise concreta no curso de todo o processo pelo juiz.

Caso seja constatada no início ou no curso do processo a ausência de representatividade adequada, a consequência direta não deve ser a extinção do processo, como defendem alguns autores²¹⁹. A consequência deve ser a *sucessão processual*²²⁰, buscando sempre, a continuidade do processo²²¹.

²¹⁵ Nesse sentido: GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-70; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 236-239.

²¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 106; ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 232-241.

²¹⁸ COSTA, Susana Henriques. Comentários ao art. 17. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

²¹⁹ NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 27.

²²⁰ “Em primeiro lugar, note-se, a substituição processual pode se verificar na própria formação do processo, não havendo, nestes casos, como se falar que o substituto tenha sucedido ao substituído no processo, porque o substituído nem sequer, chegou a participar da relação processual. Quando, entretanto, acontece que a substituição se faça no curso do processo, isto é, quando temos hipótese de substituição sucessiva, ocorre, realmente, sucessão no processo; mas uma sucessão essa que, em vez de, como em geral acontece, o sucessor entrar no processo para atuar em nome próprio por um interesse que lhe é próprio, o sucessor assume a causa para, em nome próprio, pleitear por um interesse alheio. Desta forma, conclui-se que a substituição processual pode-se dar com ou sem sucessão no processo; e, quando é com sucessão, apresenta características próprias” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 3, 2011, p. 455-476).

²²¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248-249.

Vê-se que a legitimidade *ad causam* na ação civil pública foi uma questão de escolha legislativa²²². Se houvesse escolhido outro caminho, não lhe retiraria a *essência* de um processo coletivo. Tanto é assim que outro regime foi escolhido para ação popular (legitimidade ordinária) que é uma ação coletiva também por excelência. Mas certamente essa técnica não pode ser dispensada no âmbito do processo estatal, eis que ela passou a ser obrigatória para o procedimento da ação civil pública, a partir do momento em que a escolha legislativa foi positivada. Não podem as partes ou o juiz, *no âmbito do processo estatal*, abrir mão dessa técnica. Também não podem alterá-la, ou seja, criar hipóteses diferentes de legitimidade extraordinária *ad causam*²²³.

3.2.3.2. Intervenção de Terceiros

Existem muitas modalidades de intervenção de terceiros, como o litisconsórcio, a assistência, a denunciação à lide, o chamamento ao processo, *amicus curiae*, dentre outros. Cada uma dessas espécies possui regras e técnicas específicas. Muitas dessas modalidades estão introduzidas no procedimento comum. Portanto, não são técnicas especiais da Ação Civil Pública. Isso não significa que essas técnicas não são utilizadas nos processos coletivos, muito pelo contrário, todas são compatíveis com a tutela coletiva²²⁴, mas não são específicas para esses procedimentos.

Contudo, existem duas espécies de participações de terceiros que são muito importantes de serem tratadas no âmbito do procedimento de Ação Civil Pública voltada à tutela dos investidores e possuem previsões particulares e expressas no microsistema processual coletivo. A primeira é a participação do Ministério Público como *custos iuris* (art. 5º, §1º da LACP) quando não for parte e a segunda é a participação da CVM como *amicus curiae* (essa prevista especificamente na Lei n. Lei 6.385/76).

3.2.3.2.1. Conceito de Parte e de Terceiro

²²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 230.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*, vol. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 363; COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 121.

²²⁴ Analisando a aplicação das modalidades de intervenção de terceiro nos processos coletivos: MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165-171.

Antes de analisar especificamente as duas modalidades de intervenção de terceiros, faz-se necessário estabelecer qual o conceito de parte e, por exclusão, qual o conceito de Terceiro. Essa é uma premissa muito importante para análise posterior dessas figuras na arbitragem. Apesar de, *prima facie*, parecer simples compreender o que é uma parte no processo, seu conceito tem gerado (e ainda gera) muitas controvérsias.

Há quem diga, por acompanhar o posicionamento de Chiovenda²²⁵, que o conceito de partes seria: “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”²²⁶. As partes se limitariam, portanto, ao demandante e demandado – denominados, por Fredie Didier Jr., como “partes da demanda”²²⁷.

Também, há quem se convença com a definição suscitada por Liebman²²⁸, para quem o conceito de partes englobaria tanto as referidas partes da demanda, como também todos os demais “sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”²²⁹.

Adota-se nesse trabalho, contudo, um entendimento misto. Em verdade, ambas as visões acima expostas são meras acepções do conceito de parte – cada qual servirá a uma finalidade própria, sem que necessariamente sejam excludentes entre si. Por decorrência de uma dupla acepção do conceito de parte, também restará presente igual divisão no conceito de terceiro (terceiros às partes da demanda e terceiro às partes do processo).

Nesse sentido, cumpre trazer a explicação da jurista Carolina Uzeda:

Entendemos pelo desdobramento do conceito de parte, para que sejam considerados, de forma autônoma, partes da demanda e partes do processo; que a parte da demanda é aquele que pede e aquele que tem

²²⁵ Em defesa do conceito chiovendiano, embora sob um viés restrito à jurisdição estatal, afirma o seguinte conceito de parte: “aquele que formula ao Estado-juiz pedido em seu nome ou em nome de outrem (autor) e aquele em face de quem a atuação estatal deverá incidir (réu), aquele que pede e aquele em relação a quem se pede a tutela jurisdicional” (CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. Revista de Processo*, vol. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 9-41).

²²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª Edição italiana por J. Guimarães Menegale acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 234.

²²⁷ Para o autor, o conceito de parte do processo é “aquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento”, ou seja, o “sujeito parcial do contraditório” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 380 e 593).

²²⁸ Em defesa do conceito concebido por Liebman, Cândido Rangel Dinamarco ratifica que parte seria “aquele que é sujeito do processo, quer postulando para si ou em apoio as postulações de outrem, quer em benefício direto ou da comunidade: o critério para a qualificação de um sujeito como parte é a presença na relação processual, com a titularidade e gozo das situações ativas e passivas inerentes a esta (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição à autoridade do juiz, etc)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 701-702).

²²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 123.

pedido formulado contra si, enquanto que a parte do processo é todo aquele que, de qualquer modo, participa em contraditório do procedimento. Evidentemente, a parte da demanda será sempre, igualmente, parte do processo, já que não se cogita a hipótese de, formulado pedido ou tendo pedido formulado contra si, o indivíduo não participe em contraditório do procedimento. A recíproca, contudo, não é verdadeira, uma vez que é plenamente possível o sujeito não ser parte da demanda e atuar amplamente no processo. Daí por que um terceiro, como o assistente, por exemplo, muito embora não possa ser considerado parte da demanda, é, sem dúvida, parte do processo.²³⁰

Na Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), verifica-se que a acepção de parte adotada pelo legislador seria de “parte da demanda”. Assim, são as partes da demanda – e não do processo - que definem as regras de direito aplicáveis à arbitragem (art. 2º, §1º, CPC) ou nomeiam árbitros (art. 13, §1º, Lei nº 9.307/96), por exemplo. Mas existem outros entes que podem participar da arbitragem e serão partes do processo arbitral, ainda que não partes da demanda.

Desse modo, compreender essas acepções é fundamental para saber quando e como utilizá-las de modo harmônico com as normas processuais em debate. Fixadas essas tais premissas, passa-se ao estudo da *participação* (como parte do processo) do Ministério Público na qualidade de *custos iuris* e da CVM na qualidade de *amicus curiae* (ambos terceiros em relação às partes da demanda).

3.2.3.2.2. A Participação do Ministério Público como *custos iuris*

Como vimos, o Ministério Público é um legitimado extraordinário para atuar como substituto processual em ações civis públicas. E, de fato, ele é o legitimado ativo mais comum nesses procedimentos²³¹. É muito mais usual encontrar ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do que por outros entes legitimados. Contudo, existem ações civis públicas em que o Ministério Público não atua como substituto e, portanto, não é parte autora na ação.

Nesses processos, o art. 5º, §1º da Lei de Ação Civil Pública determina que o *parquet* atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*). É preciso lembrar que a LACP é de 1985, anterior à Constituição Federal de 1988 e ao Código de Processo Civil de 2015. Ocorre

²³⁰ UZEDA, Carolina. Reconvenção subjetivamente ampliativa: a posição processual do terceiro-interveniente. *Revista de Processo*, v. 285. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 47.

²³¹ Conforme Pesquisa que integra a 2ª edição da série Justiça Pesquisa do CNJ realizada em 2017, o Ministério Público é a parte autora em 58% das ações civis públicas em trâmite à época. Relatório Final da Pesquisa e apresentação das principais conclusões e resultados ao CNJ no âmbito da 2o Edição da série Justiça Pesquisa no Eixo II – Direitos e Garantias Fundamentais Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf> . Acesso em 01.06.2021, às 23:25h. 58%

que ambos ampliaram o campo de proteção promovido pelo Ministério Público²³², passando a falar em “defesa da ordem jurídica” e não mais em “defesa da lei” (art. 127 da CF e art. 176 e 178 do CPC). A ordem jurídica não se esgota na lei. O ordenamento jurídico é gênero no qual a lei é espécie²³³. Nesse sentido, Miguel Reale leciona que:

O que cumpre desde logo desfazer é o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples “proposições lógicas”. Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (normas negociais).²³⁴

Assim, vê-se que o Ministério Público não atuava apenas como um fiscal do “sistema de leis”, nem do “sistema de normas”: a atuação do *parquet* sempre foi muito mais ampla, fiscalizando princípios e regras constitucionais, por exemplo²³⁵. A mudança foi pensada e acertada²³⁶. O Ministério Público deve fazer mais do que uma mera análise de cumprimento da lei nos processos em que fiscaliza, não há dúvidas em relação a isso.

Assim, a participação do Ministério Público na Ação Civil Pública em que não for parte autora (leia-se, parte da demanda) também é como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*) – em que pese na LACP esteja como fiscal da lei. Isso porque o artigo da LACP deve ser interpretado de acordo com as mudanças introduzidas pela CF e pelo CPC. A expressão fiscal da lei não mais é adequada considerando o papel que a instituição passou a adotar a partir de 1988²³⁷ e as modernas concepções acerca das fontes normativas²³⁸.

²³² SHIMURA, Sérgio Seiji. Ministério Público e Defensoria Pública. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Temas essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153.

²³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 328.

²³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190.

²³⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O Ministério Público nas Ações de Família. *Revista de Processo*. vol. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259-274.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, v. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102; FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O Ministério Público nas Ações de Família. *Revista de Processo*. v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259-274.

²³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re) tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118

²³⁸ RODRIGUES, Marco Antonio. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 305.

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, o *parquet* tem encargo de “cuidar para que mediante o processo e o exercício da jurisdição, recebam tratamento adequado certos conflitos e certos valores a eles inerentes”²³⁹. E conforme a Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CF). Logo, não defende interesse próprio ou de sua organização. Veja que a sua atuação não é somente em relação a interesses indisponíveis.

Mas como funciona essa atuação do Ministério Público no procedimento?

Na qualidade de fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público atua como um auxiliar do juiz (portanto, como parte do processo somente), mas possui alguns poderes e faculdades ordinariamente pertinentes às partes da demanda²⁴⁰, à exemplo da sua intimação em todos os atos do processo, podendo produzir provas, participando de audiências e até recorrer (art. 179 do CPC). A diferença é que, dada a sua imparcialidade, ele estará atuando em nome do interesse da sociedade como um todo²⁴¹. Por isso, há quem afirme que mesmo na qualidade de fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público também seria parte da demanda²⁴². Mas em geral, a doutrina propõe uma distinção entre tal qualidade e a atuação ministerial como fiscal da ordem jurídica²⁴³. Há de se notar que o próprio artigo propõe essa distinção quando afirma que o MP será fiscal da ordem jurídica quando “não for parte” – leia-se, portanto, quando não for parte da demanda.

Na prática, muito questionava-se sobre a racionalização da intervenção no processo civil. Ou seja, a participação do membro do MP que se resumia a interposição de parecer. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior: “passam a elaborar pareceres cada vez mais em tudo semelhantes a sentenças judiciais, atendendo a todos requisitos formais de uma sentença e esquecendo-se, por vezes, da própria finalidade com que intervinham no feito”²⁴⁴. A sua participação deve ser maior que apenas a elaboração de pareceres que auxiliaram o juízo da causa.

²³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 701-702.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 701-702.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 701-702.

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. vl. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 701-702.

²⁴³ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 174-176.

²⁴⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995, p. 44.

Além disso, é preciso notar que as hipóteses em que pressupõe a intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica são hipóteses exemplificativas²⁴⁵. Mais que isso, as expressões “interesses público” e “interesse social” são conceitos jurídicos indeterminados²⁴⁶. Cabe ao órgão analisar, casuisticamente, quando caberá a sua intervenção. Isto porque cabe ao Ministério Público “a valoração da existência do interesse público, tendo em vista que a independência funcional garante à Instituição a verificação de quando e como exercer suas funções”²⁴⁷⁻²⁴⁸.

Assim, quando o Ministério Público entender que naquele caso estão presentes os requisitos necessários para que haja sua intervenção, ela será obrigatória. É necessário que o Ministério Público fiscalize essas demandas. Portanto, essa técnica é obrigatória nas ações civis públicas em que o *parquet* entender que a causa envolve interesses públicos ou sociais. Assim, a sua participação não pode ser dispensada por vontade das partes, nem pelo juiz.

3.2.3.2.3. A Participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como *amicus curiae*

O *amicus curiae* ou amigo da corte é “o terceiro que espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão”²⁴⁹. A sua intervenção é para melhorar e enriquecer o debate no processo. Essa modalidade de intervenção ocorrerá quando o tema objeto da discussão do processo seja relevante, muito específico ou de repercussão geral (art. 138 do CPC/2015).

Qualquer pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada, pode figurar como *amicus curiae*, mas é preciso que ele tenha um vínculo com a questão litigiosa (Art. 138, CPC).

²⁴⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 124.

²⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 128.

²⁴⁷ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015. No mesmo sentido: ARAGÃO, Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, volume II, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 284. Tudo isso está de acordo com o quanto disposto nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União: artigo 26, inciso VIII da Lei nº 8.625/93, e artigo 6º, inciso XV da Lei Complementar nº 75/93.

²⁴⁸ Em abril de 2010, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 16 para tentar objetivar e uniformizar a intervenção do MP. Resolução do CNMP n. 16, de 28 de abril de 2010, publicada no DJU, seção única, 16.06.2010, p. 08). Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br>, acesso em abril de 2014.

²⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 646.

Atenção: ele não precisa ser *titular* da relação litigiosa (pois assim atuaria como parte da demanda), ele precisa ter um vínculo com a questão que está sendo discutida no bojo do processo²⁵⁰. A ideia é que quem tem proximidade com a questão do tema, terá algo a contribuir e ampliar o debate. Assim, é preciso que o juízo promova uma análise de contributividade adequada²⁵¹ do *amicus curiae*.

Existem três espécies de intervenção do *amicus curiae*: (i) por provocação do juízo; (ii) em decorrência do seu poder de polícia; (iii) intervenção voluntária²⁵². Ou seja, ele pode ser intimado pelo juiz (por iniciativa do próprio juízo ou em face de determinação legal) ou escolher intervir. Por óbvio, o órgão julgador não fica adstrito à manifestação do *amicus curiae*.

Em matéria de mercado de capitais, foi previsto expressamente no art. 31 da Lei n. 6.385/76 (responsável por criar a Comissão de Valores Mobiliário) que nos processos que tenham por objetivo matéria incluída na competência da CVM, ela *deverá* ser intimada para, *querendo*, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos (aqui, leia-se: atuar como *amicus curiae*). E como as Ações Civis Públicas da Lei n.º. 7.913/89 referem-se a danos praticados no mercado de valores mobiliários, deve a CVM ser intimada em todas essas ações coletivas.

Vê-se, inicialmente, que essa é uma técnica diferenciada que ocorrerá em todas as ações civis públicas relacionadas ao mercado de capitais, mas não somente ocorrerá nesses procedimentos. Não é técnica exclusiva da ACP, mas de processos envolvendo o mercado de capitais.

Há uma evidente imposição legal que obriga a intimação da CVM nos processos que tratem de matéria de sua competência. Sobre a hipótese, há quem afirme que trata-se de um *amicus curiae compulsório*²⁵³, veja-se a lição de Gustavo Saad Diniz:

Por força do conjunto de regras, cuida-se de *amicus curiae* compulsório, de modo que a autarquia deverá sempre ser chamada a

²⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 646-649.

²⁵¹ A denominação “representatividade adequada” não seria a mais correta para descrever a participação do *amicus curiae*. Em atenção a essa ressalva, parte da doutrina preferiu a escolha do termo “contributividade adequada”. Nesse sentido: TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 237; TALAMINI, Eduardo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 388. Antônio do Passo Cabral sugere também o termo “potencial de influência” (CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213-214.

²⁵² CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 496.

²⁵³ DINIZ, Gustavo Saad. Intervenção Amicus Curiae: Sentido e Alcance. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 145-160; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 646-649.

atuar em casos de seu espectro de atividades. Em razão da alta especialização da CVM, a atuação como *amicus curiae* nesses processos deve ser vista como impositiva porque, diretamente, poderá fornecer informações detalhadas e estratégicas do mercado de capitais e da disfunção do ato fraudulento descrito.²⁵⁴

Ousamos discordar.

A técnica obrigatória é a de *intimação* da CVM (como reconhecido pelo próprio autor) e não a participação na qualidade de *amicus curiae*. É obrigatório dar ciência para a CVM do processo. Não é a atuação que é impositiva, mas somente a intimação. A CVM pode ser intimada e, não vendo que haverá qualquer contribuição que possa fazer ao processo, pode escolher não intervir como *amicus curiae*²⁵⁵. A redação do artigo é clara.

Outra discussão é em relação a figura do *amicus curiae* e se ele seria parte da demanda ou terceiro às partes da demanda (ainda que seja, inegavelmente, uma parte processual). De um lado, o *amicus curiae* não é parte da demanda, já que ele não titulariza nenhuma pretensão²⁵⁶. Por outro lado, ele não pode ser confundido com nenhuma das demais hipóteses de terceiros e seu regime é claramente diferenciado²⁵⁷. Por isso, há quem o denomine de terceiro enigmático²⁵⁸ ou terceiro especial²⁵⁹.

Essa diferenciação em relação a outros terceiros às partes da demanda encontra-se, principalmente, no seu interesse. O interesse do *amicus curiae* não é um interesse jurídico, como nas demais hipóteses de intervenção de terceiros²⁶⁰. Nem seria, muito menos, um

²⁵⁴ DINIZ, Gustavo Saad. Intervenção *Amicus Curiae*: Sentido e Alcance. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 145-160.

²⁵⁵ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus Curiae* e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 496.

²⁵⁶ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus Curiae* e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 499. No mesmo sentido: FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 177-179.

²⁵⁷ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus Curiae* e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 499.

²⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 354.

²⁵⁹ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – intervenção de terceiros*. CEJ 18/83-86; BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista eletrônica de direito do Estado, n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2004.

²⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae*. In: *Enciclopedia Jurídica da PUCSP*. Tomo Processo civil. 2018. Disponível em:

interesse coletivo, pois assim seria autor e não terceiro. Dessa forma, o interesse é institucional²⁶¹.

É importante diferenciar a figura do *amicus curiae* da qualificação como *custos iuris*. Apesar de ambos auxiliarem no exercício democrático da jurisdição e contribuírem para ampliar o debate, o *amicus curiae* não tem nenhum dever de manifestação ou de imparcialidade, diferente do Ministério Público²⁶².

Ademais, é importante ressaltar, diferentemente da atuação do órgão ministerial como *custos iuris*, o *amicus curiae* possui seu regime de poderes definidos pelo juízo (art. 138, §3º, CPC). Trata-se de opção legislativa da maior importância, uma vez que corrobora com a função do magistrado de intervir no regime de participação do *amicus curiae* a partir de um parâmetro de eficiência ao processo²⁶³.

Assim, a intervenção de terceiro por meio do *amicus curie* permite um incremento da argumentação jurídica e da dialética processual e “sua aplicação [é] especialmente necessária nos processos coletivos, em razão da sua própria natureza social e dos princípios que os confrontam”²⁶⁴, desde que, claro, haja aferida a contributividade adequada e que a intervenção seja ligada a questões socialmente relevantes.

Apesar de muito importante, a participação da CVM como *amicus curiae* não é uma técnica obrigatória e não faz parte da essência do procedimento coletivo que busca tutelar os direitos dos investidores no âmbito do mercado de capitais. Pode-se pensar em uma situação que a participação da CVM em nada seria útil e, por isso, ela escolha silenciar, mesmo diante de um litígio coletivo. Isso não quer dizer que essa intervenção não é relevante, pois, de outro lado, pode existir situações em que sua participação seja de suma importância para ampliar o debate. Em resumo: é muito importante quando for necessário, mas nem sempre será necessário.

²⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus Curiae. In: *Enciclopedia Jurídica da PUCSP*. Tomo Processo civil. 2018. Disponível em:

²⁶² CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 501.

²⁶³ TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 351-352. Em igual sentido: CABRAL, Antonio do Passo. O *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça *et al* (coords.). *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 518; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 01. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 650.

²⁶⁴ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 518.

4 ARBITRAGEM COLETIVA SOCIETÁRIA

A arbitragem é um meio adequado²⁶⁵ de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por força do art. 18 da Lei nº. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), possui natureza jurisdicional²⁶⁶, de modo que o árbitro exerce atividade jurisdicional, atuando como um juiz de fato e direito.

Dado as suas peculiaridades e benefícios, a arbitragem sempre foi um método de solução de conflitos bastante utilizado pelas companhias. Há ainda uma particularidade nas companhias listadas na bolsa de valores: alguns segmentos (Novo Mercado, Nível 2, Bovespa Mais e Bovespa Mais Nível 2) exigem a estipulação da arbitragem como meio de solução de conflitos entre a companhia, seus acionistas, administradores e conselheiros²⁶⁷. Nos níveis 1 e Tradicional, apesar de não existir essa exigência, é bastante comum que as companhias por livre espontânea vontade insiram cláusulas compromissórias nos seus estatutos sociais²⁶⁸.

É aqui que podem surgir as chamadas arbitragens coletivas societárias, as quais ganham algumas acepções na doutrina e na prática. Então, primeiro, faz-se importante entender qual a dimensão da expressão *arbitragem coletiva societária*.

Bom, a verdade é que a doutrina não é unânime acerca do que seriam essas arbitragens coletivas societárias²⁶⁹. A confusão reside, como será demonstrado, nas diferentes técnicas utilizadas na legitimação *ad causam* ativa que, por consequência, repercutem em diferenças tanto procedimentais, quanto relacionadas à coisa julgada. Explica-se: há quem afirme que arbitragens coletivas seriam somente aquelas que ocorreriam à exemplo da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.347/1985 c/c Lei n. 7.913/1989), com um substituto processual (legitimado

²⁶⁵ Considera-se a expressão meios adequados de solução de conflitos mais oportuna do

²⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Vol. 01. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 83-85; DOLINGERTIBURCIO, *Arbitragem comercial*, cit., p. 36; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição*, cit., n. 42, p. 54; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A arbitragem como*, cit., n. 7, p. 112-113

²⁶⁷ Nos termos do art. 109, § 3º da Lei, 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas): “O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”

²⁶⁸ PARGENDLER, Mariana; PRADO, Viviane Muller; BARBOSA JR., Alberto. Cláusulas arbitrais no mercado de capitais brasileiro; alguns dados empíricos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105-111.

²⁶⁹

extraordinário) e com uma sentença arbitral que produza efeitos *erga omnes*²⁷⁰, pois interessariam a todos os possíveis investidores lesados.

Mas esse não é o entendimento da maioria da doutrina, que entende que também seriam arbitragens coletivas societárias aquelas também em que há um grande número de acionistas no mesmo polo processual (por litisconsórcio); ou ainda nas que parte dos acionistas estejam *representados* por uma associação (por representação)²⁷¹. Certamente o regulamento da CAM-B3 não faz essa distinção e aplica a confidencialidade em todas as suas arbitragens, inclusive as coletivas, de qualquer tipo²⁷². A CVM

Fato é que todas essas arbitragens se justificam quando “todos os acionistas se encontram na mesma situação e não há como e porque obriga-los a multiplicar o número de processos arbitrais, que, em tese, deveriam chegar a mesma solução”²⁷³. Então independentemente do procedimento aplicado e da definição de arbitragem coletiva societária, há o problema da existência de conflitos envolvendo direitos coletivos individuais homogêneos que interessam à um grupo.

Assim, a partir da análise dos institutos que envolvem o processo coletivo estatal feitas acima, especialmente a ação civil pública e suas técnicas, cumpre estudá-las agora no âmbito da arbitragem coletiva societária. Contudo, antes se faz necessário fazer algumas considerações introdutórias sobre as arbitragens coletivas societárias.

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Para entender a importância da utilização da arbitragem coletiva no âmbito do mercado de capitais, é necessário dar um passo atrás e compreender o contexto econômico em que esse método está inserido. Nesse ponto, como se sabe, as operações decorrentes do mercado de capitais influenciam diretamente na economia do país²⁷⁴. Quanto mais seguro o mercado, mais pessoas investem e bons frutos são colhidos pela econômica nacional.

²⁷⁰ Nesse sentido: VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 124-126.

²⁷¹ Afirmando existirem várias “espécies” de arbitragens coletivas societárias:

²⁷² Veja que pela essência da arbitragem coletiva societária que ocorre à exemplo da ACP, ela precisaria ser pública.

²⁷³ WALD, Arnoldo. Uma introdução à arbitragem de classe. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 237.

²⁷⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Os investidores Institucionais e o desenvolvimento do mercado de capitais. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de. (coords.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011

É essa premissa que justifica a criação de uma série de mecanismos para prevenção de ilícitos contra os investidores a partir da instituição de regras de governança corporativa²⁷⁵ e *compliance* nas sociedades. Por outro lado, quando os mecanismos de prevenção não são suficientes, é necessário que exista uma forma rápida e efetiva de reparar os investidores lesados com uma indenização adequada aos danos sofridos.²⁷⁶ Noutras palavras, a inefetividade dos mecanismos de *enforcement* atuam como um forte entrave ao desenvolvimento do mercado²⁷⁷.

Contudo, não é novidade que “o sistema brasileiro de cumprimento forçado das normas societárias e do mercado de capitais é pouco efetivo”²⁷⁸, de modo que há latente falha na proteção dos investidores.

Sobre o tema, já há pesquisa empírica de Viviane Muller, Fernanda Farina e Victor Cunha que desenvolveram uma análise quantitativa e qualificativa de ações civis públicas que buscassem ressarcimento por infrações cometidas no âmbito do mercado de valores mobiliários. A pesquisa conclui que:

“a Ação Civil Pública não é instrumento representativo no ressarcimento de investidores lesados no mercado de valores mobiliários brasileiro. Os dados demonstram o baixo número de ACP ajuizadas, o elevado tempo da decisão e a baixa taxa de sucesso das

²⁷⁵ “Governança Corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que houver interesse conflitante com o da sociedade; o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o seu relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral. Surgida há mais de um século na Inglaterra, no alvorecer do capitalismo moderno nos países anglo-saxões e praticamente hibernada durante décadas, a governança corporativa reapareceu, com força e vigor, nas décadas de 70 e 80 do século XX e, nos últimos dez anos, passou a ser assunto do cotidiano de políticos, empresários, administradores de empresas, economistas, juristas e auditores, no país e no exterior, em virtude de gravíssimas crises e falências de empresas nacionais e multinacionais, provocadas por gestão temerária e ruína, escândalos financeiros, fraudes contábeis, falsificação e deturpação de dados e documentos, manipulação de balanços, dilapidação de ativos patrimoniais etc” (LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista EMERJ*, v. 10, n. 37, 2007, p.199)

²⁷⁶ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 39; CEREZETTI, Sheila Neder. *Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº. 6.385/76* (coords. Gabriela Codorniz e Laura Patella). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 122. CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. *Regulação e autorregulação do Mercado de bolsa*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 156. SADDI, Jairo. “Qual é o melhor sistema jurídico para o mercado de capitais?” In: *Direito Societário - desafios atuais* (coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos Aragão). São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 223. LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; e SHLEIFER, Andrei. Investor Protection and Corporate Valuation. *The Journal of Finance*, v. 56, 2002. p. 1.147-1.170.

²⁷⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem” In: *Processo Societário* (coords. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira). São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 78.

²⁷⁸ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p.59. No mesmo sentido: SALAMA, Bruno M.; PRADO, Viviane Muller. Legal protection of minority shareholders of listed corporations in Brazil: brief history, legal structure and empirical evidence. *Journal of Civil Law Studies*, v. 4, 2011, p. 184; PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinicius Correa. Relatório de Pesquisa de Jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Caderno Direito GV*, n. 9, jan. 2006, p. 4.

*ações propostas com a quase inexistência de decisões que efetivamente determinassem ressarcimento de investidores*²⁷⁹.

Em resumo: ficou constatada a inefetividade das ações civis públicas para proteger os investidores do mercado de capitais. A arbitragem, por sua vez, sempre se mostrou um mecanismo mais adequado para lidar com as demandas societárias²⁸⁰. Então, na tentativa de dar mais segurança aos investidores, se obrigou as companhias listadas em certos níveis de governança corporativa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, a adotar compulsoriamente a arbitragem na Câmara de Comércio e Arbitragem (CAM)²⁸¹⁻²⁸².

Mas esse ainda é um tema de difícil estudo, principalmente em razão da confidencialidade e da existência de poucas pesquisas e estudos empíricos. No ano de 2018, Guilherme Setoguti fez uma pesquisa sobre arbitragens societárias na CAM-B3 e constatou que “embora parte significativa do contencioso de companhias abertas brasileiras esteja submetida à arbitragem, é extremamente baixo o número de litígios submetidos à arbitragem”²⁸³.

Ocorre que, desde 2019, o cenário mudou bruscamente. Segundo dados divulgados no site da B3, o número de pessoas físicas que investem na bolsa de valores saltou de 1 milhão em maio de 2019 para quase 3,2 milhões em outubro de 2020²⁸⁴. Esse crescimento pode ser atribuído a uma série de fatores: seja a partir da democratização do acesso à informação por meio da internet²⁸⁵; seja pela maior procura por maior rentabilidade com investimentos de renda

²⁷⁹ PRADO, Viviane Muller; MANSUR, Fernanda Farina; SILVA, Victor Hugo Cunha. A inefetividade dos mecanismos coletivos de proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários brasileiro. *Revista de Processo*. v. 306, 2020.

²⁸⁰ O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) recomenda a utilização da arbitragem como método de solução de conflitos para as sociedades, por meio da inserção de cláusulas compromissórias em seus estatutos e contratos sociais. (Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed., 2015).

²⁸¹ CVM. Regulamento do novo mercado. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/data/files/3A/60/99/CC/038CF610761CABF6AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202020\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/3A/60/99/CC/038CF610761CABF6AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202020).pdf)>. Acesso em 07 de dez. de 2020.

²⁸² CVM. Regulamento de listagem do nível 2 de governança corporativa. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/data/files/FE/60/98/3A/338CF610761CABF6AC094EA8/Regulamento%20de%20Listagem%20do%20N%C3%ADvel%2020\(San%C3%A7%C3%B5es%202020\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/FE/60/98/3A/338CF610761CABF6AC094EA8/Regulamento%20de%20Listagem%20do%20N%C3%ADvel%2020(San%C3%A7%C3%B5es%202020).pdf)>. Acesso em 07 de dez. de 2020.

²⁸³ Sobre o tema, Guilherme Setoguti faz uma análise dos processos arbitrais existentes na CAM concluindo que “aos poucos dados que se teve acesso, somados às considerações acima, mostram que, embora parte significativa do contencioso de companhias abertas brasileiras esteja submetida à arbitragem, é extremamente baixo o número de litígios submetidos à arbitragem. Isso mostra que, sendo a arbitragem a única via para solução de tais litígios, ela não está sendo utilizada e, conseqüentemente, as controvérsias que surgem estão permanecendo latentes, sem acessar algum mecanismo para que possam ser solucionadas”. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 65-68.

²⁸⁴ Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/investidores.htm>. Acesso em: 22.05.2021, às 14:50h.

²⁸⁵ Dos investidores entrevistados, 73% obtêm informações sobre investimentos na internet e 60% o fazem por meio de influenciadores digitais. (Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/investidores.htm>. Acesso em: 22.05.2021, às 14:50h).

variável diante da queda na Taxa Selic, que acaba por reduzir bruscamente o retorno dos investimentos de renda fixa que sempre foram muito utilizados pelos brasileiros.

Esse alto crescimento, em tão pouco tempo, do número de investidores torna ainda mais importante o estudo dos mecanismos que buscam proteger esse novo grupo de participantes do mercado de capitais. Com esse abrupto crescimento e diante da obrigatoriedade da arbitragem para sociedades que fazem parte do nível 2 e Novo Mercado (níveis de governança da bolsa de valores), culminou-se na ocorrência e no crescimento de arbitragens coletivas societárias.

Em recente pesquisa empírica realizada por Selma Lemes, constatou-se não só a *existência* de arbitragens coletivas (como arbitragem promovida pelos acionistas minoritários contra a Petrobras na CAM-MERCADO) como também o contínuo *crescimento* do número de arbitragens com esse formato, mapeadas pelo aumento de participação de terceiros nas arbitragens na CAM-MERCADO²⁸⁶.

Assim, não se pretende discutir neste trabalho o cabimento ou não da arbitragem coletiva societária. Como visto, independentemente de qualquer crítica doutrinária, certo é que já se verificam arbitragens coletivas societárias em andamento no Brasil, assim como aumento constante de seus casos. Esse passo, portanto, já foi dado.

O intuito do presente trabalho é pensar no *procedimento* adequado para essas arbitragens coletivas, a partir de um parâmetro de trânsito das técnicas diferenciais obrigatórias antevistas e selecionadas da ação civil pública. Para tanto, a seguir, direciona-se a verificar desde a compatibilidade das referidas técnicas com o cenário da arbitragem até a forma que se se daria a aplicação dessa técnica no procedimento arbitral e os benefícios que trariam ao procedimento.

4.2 A APLICABILIDADE DAS TÉCNICAS ESPECIAIS OBRIGATÓRIAS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ARBITRAGEM COLETIVA SOCIETÁRIA.

Após analisado o instituto ainda muito insipiente das arbitragens coletivas e com base nas premissas adotadas acerca da essencialidade das técnicas especiais obrigatórias das ações civil públicas, cumpre analisar se são aplicáveis e adequadas à arbitragem coletiva societária. Dessa forma, passa-se a analisar, de forma específica, cada uma das técnicas tratadas no capítulo anterior, agora no âmbito do procedimento arbitral

²⁸⁶ LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 15.05.2021, às 20:01h.

4.2.1 Legitimidade *ad causam*

Assim como no âmbito do processo coletivo estatal, as principais discussões na arbitragem coletiva também estão ligadas à questão da *legitimidade*. Como visto, a solução escolhida pelo legislador brasileiro nas ações civis públicas foi aplicar a técnica da substituição processual por meio da legitimidade extraordinária.

Na arbitragem, os autores não são unânimes acerca da aplicabilidade ou não dessa técnica.

Eleonora Coelho entende que não é possível substituição processual por meio da legitimidade extraordinária na arbitragem coletiva por ausência de previsão legal expressa nesse sentido. Portanto, deve ocorrer a participação de todos os interessados - que tenham legitimidade ordinária²⁸⁷ - em litisconsórcio unitário²⁸⁸. Para a autora, a legitimidade extraordinária é *ope legis* e a solução para o problema de muitas pessoas no mesmo polo só pode ser feita por meio de uma mudança legislativa (*lege ferenda*)²⁸⁹.

Aqui, cabe algumas considerações. Esse litisconsórcio será *unitário*, mas não *necessário*²⁹⁰. O litisconsórcio é a presença de duas ou mais pessoas na posição de demandantes ou demandados²⁹¹. O litisconsórcio será *unitário* quando a relação jurídica controvertida for indivisível²⁹² e, portanto, “só de modo uniforme se puder “resolver” a relação jurídica litigiosa, para todos os litisconsortes”²⁹³. É o que ocorre quando diante de um litígio coletivo. Por exemplo, diante de uma impugnação de deliberação assemblear, a invalidação será comum a todos os acionistas, uma vez que não como considerar a deliberação para uns e não para outros. A relação jurídica é incindível e o litisconsórcio precisa ser unitário.

²⁸⁷ “antes de saber se dois sujeitos poderão estar juntos no mesmo lado da relação processual é preciso saber se cada um deles poderia de algum modo estar em juízo, naquela posição. Essa regra aplica-se a qualquer espécie de litisconsórcio, seja ele facultativo ou necessário, unitário ou comum, ativo ou passivo, inicial ou ulterior” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 347)

²⁸⁸ COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²⁸⁹ COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário. *Revista de Processo*. Vol. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 407-422.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. Vol. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009., p. 339.

²⁹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248-249.

²⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 13.

Mas ele não será necessário (isto é, sua formação não é obrigatória). Não é necessário que todo o grupo atingindo pelo dano esteja obrigatoriamente presente no procedimento, mas a decisão deve ser a mesma para todos que estiverem²⁹⁴.

Parece que é o que vêm ocorrendo na prática. Foi a técnica utilizada no caso da Petrobras e como têm-se indícios que vêm ocorrendo em algumas outras arbitragens coletivas na CAM-B3, com base na pesquisa feita pela professora Selma Lemes, que concluiu que houve um aumento das arbitragens com muitas partes em um polo²⁹⁵. Essa foi a solução encontrada pelos acionistas: litigar em conjunto para reduzir os custos da arbitragem considerando o baixo interesse econômico individual de cada um dos acionistas²⁹⁶. Assim, estes têm optado por se agrupar em litisconsorte ativo para litigar nos procedimentos arbitrais contra as companhias.

Neste trabalho, discorda-se do posicionamento acima, pois a legitimidade extraordinária não tem mais como fonte exclusiva a lei e sim o ordenamento jurídico. Esse posicionamento não mais comporta espaço após o CPC/2015. Mas ainda que houvesse, há previsão para legitimação extraordinária para tutela de direitos coletivos *latu sensu* e que podem ser utilizadas como fundamento nos procedimentos arbitrais que estejam tutelando esses direitos coletivos *latu sensu*. Esse é o entendimento majoritário na doutrina²⁹⁷.

Ana Luiza Nery e Nelson Nery Jr.²⁹⁸ afirmam que é possível a aplicação da técnica de substituição processual por meio da legitimidade extraordinária na arbitragem coletiva. Para eles, a legitimidade para celebrar a convenção de arbitragem decorre do art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública, que determina quais são os legitimados para celebrar o termo de

²⁹⁴ COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. [

²⁹⁵ LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 15.05.2021, às 20:01h.

²⁹⁶ MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVEIRA, Bruna Alcino Marcondes da. Arbitragens coletivas e interpretação estrita das regras de independência e imparcialidade para a nomeação dos árbitros. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 233.

²⁹⁷ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 249-267. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015; NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 27; PRADO, Viviane Muller. Arbitragem coletiva e companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

²⁹⁸ NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 27.

ajustamento de conduta (TAC)²⁹⁹. Se esses entes podem celebrar um negócio jurídico com as companhias para pôr fim à controvérsia, podem celebrar um negócio jurídico também para deslocar a competência para processar e julgar o conflito para a arbitragem³⁰⁰.

Acontece que o artigo afirma que somente os *órgãos públicos* legitimados a propositura da Ação Civil Pública, podem celebrar TAC. Ou seja, excluiu desse rol as *associações*. As associações não podem firmar TAC com as companhias. Assim, esse fundamento, por si só, não é suficiente, pois de acordo com a fundamentação adotada, as associações não estariam aptas a celebrar convenção de arbitragem.

Em sentido parecido, Ada Pellegrini e Eduardo Gonçalves entendem que os *legitimados a ajuizar a ação civil pública*, estão também legitimados a celebrar convenção de arbitragem relacionadas a conflitos coletivos, em decorrência da teoria dos poderes residuais: “quem pode mais, pode menos”³⁰¹.

Como vimos, apesar da Lei n. 7.913/1989 (Lei sobre ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários) apenas elencar como legitimado de forma expressa o Ministério Público, em decorrência do art. 3º que determina aplicação da Lei n. 7.347/85 (LACP), bem assim como em decorrência da aplicação subsidiária de todo o microsistema processual coletivo³⁰², estão legitimados para ajuizar ações relacionadas ao mercado de capitais os entes do art. 5º da LACP. Assim, nessa situação também estariam inclusas as *associações*.

Mas todos esses autores falham em não diferenciar a legitimidade para celebrar a convenção de arbitragem e a legitimidade *ad causam* extraordinária. São análises de legitimidades diferentes. A primeira refere-se à capacidade para celebração de negócio jurídico (convenção de arbitragem) e a segunda para conduzir, de forma válida, uma determinada arbitragem coletiva enquanto substituto processual de determinado grupo.

²⁹⁹ NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 27.

³⁰⁰ NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 246; LIMA, Bernardo. *Arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, n. 4.1, p. 143.

³⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 249-267

³⁰² NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 33; GABBAY, Daniela Monteiro; WATANABE, Kazuo. Admissibilidade e Adequação da Arbitragem Coletiva como mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 17, n. 68, CBar, 2020.

E essa distinção é um fundamental para compreender que a legitimidade *ad causam* não é um problema na arbitragem coletiva.

A legitimidade *ad causam*, como vimos, é o poder concedido para um ente de conduzir de forma válida um determinado processo³⁰³. Não necessariamente um processo na via estatal. Isso sem contar que o microsistema de processo coletivo é aplicável à arbitragem coletiva³⁰⁴, logo, a legitimidade extraordinária nesse caso está sendo extraída do ordenamento jurídico. Neste ponto, discordamos de Eleonora Coelho e outros autores que ainda insistem em afirmar que a legitimidade extraordinária não é cabível na arbitragem por ausência de expressa previsão legal³⁰⁵. Esse posicionamento deve ser revisto, principalmente em decorrência da mudança do texto legal.

É importante perceber que aqui se faz necessário, tanto quanto no processo estatal, que haja também uma análise acerca da representatividade adequada pelo árbitro (controle complementar *ope iudicis*). Somente no caso em específico, o árbitro pode analisar se, para além da autorização do ordenamento jurídico, aquele ente é legitimado para conduzir validamente aquele determinado procedimento.

Quando se fala em legitimidade *para celebrar convenção de arbitragem coletiva*, muito se questiona as razões pelas quais o Ministério Público ou outro ente legitimado celebraria uma convenção de arbitragem e submeteria o litígio coletivo à arbitragem, ao revés de mantê-lo na jurisdição estatal, onde lhes é mais cômodo e confortável. Mais que isso, qual seria a justificativa para fazer isso, considerando que haveria um maior gasto público? As respostas para essas perguntas são mais fáceis de serem respondidas quando estamos diante de um litígio societário e que envolve o mercado de capitais e diante do avanço e proliferação das arbitragens envolvendo a administração pública.

Primeiro, há duas formas de vincular-se a arbitragem dentro do escopo das arbitragens societárias coletivas: (i) por meio de cláusula compromissória que pode ter sido inserida tanto

³⁰³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 226.

³⁰⁴ NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p. 27.

³⁰⁵ COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

no ato constitutivo da companhia quanto no Termo de Ajustamento de Conduta³⁰⁶; ou ainda (ii) por meio de compromisso arbitral firmado após a manifestação do conflito³⁰⁷.

A primeira - vinculação por meio de cláusula compromissória – é, sem dúvidas, a que mais promete destaque em sede de tutela coletiva. Como vimos, a inserção dessa cláusula é obrigatória para as companhias listadas em certos níveis de governança na bolsa. Há uma discussão sobre o alcance subjetivo dessa cláusula inserida no ato constitutivo, mas esse debate ultrapassaria os limites do escopo desse trabalho. Importa saber que a doutrina majoritária entende que a cláusula alcançaria todos os acionistas, incluindo os que tenham sido contrários na deliberação (pois foi-lhe dado o direito de sair da companhia quando da deliberação) e aos novos acionistas (pois entraram já anuindo com as disposições dos atos da companhia)³⁰⁸.

Assim, nas companhias em que previsão de cláusula compromissória, a vinculação à arbitragem engloba todos os acionistas. Esses podem estar: (i) *representados*; (ii) *substituídos*; ou em (iii) *litisconsórcio* no procedimento arbitral coletivo. Quando a arbitragem coletiva for “por representação”, o representante, como vimos, não é a parte, mas os acionistas representados, logo não há que se falar em necessidade de vinculação à arbitragem da associação representante³⁰⁹. Quando a arbitragem coletiva for “por substituição processual”, o substituto é parte no procedimento e os substituídos não. Mesmo assim, Viviane Muller Prado afirma que, como as partes da relação de direito material (os acionistas, nesse caso) estão vinculados, é irrelevante a vinculação por parte do substituto (associação)³¹⁰.

Mas não somente podem figurar no polo ativo das arbitragens coletivas às associações. Não há empecilhos para que os entes públicos também estejam, na qualidade de legitimados extraordinários. Um exemplo é por meio da inserção da cláusula compromissória no TAC.

³⁰⁶ “Parece-nos importante ressaltar que seria fundamental aprofundar a discussão sobre a possibilidade de introdução no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos de convenção de arbitragem no termo de ajustamento de conduta para definir questões que estejam resultando de impasse para o equacionamento da situação conflituosa, respeitando, é claro, a indisponibilidade do bem coletivo tutelado” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em memória do Prof. Guido Fernandes da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148-160). No mesmo sentido: MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

³⁰⁷ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151-156.

³⁰⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 90; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem e o mercado de capitais. *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*, n. 146, 2007, p. 155-164; LEVY, Daniel de Andrade. Aspectos polêmicos da arbitragem no mercado de capitais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 27, 2010, p. 6-37. RIBEIRO, Ivan César. Arbitragem, risco legal e o novo mercado da Bovespa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, 2008, p. 110-142. Em sentido contrário: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. v. 2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

³⁰⁹ PRADO, Viviane Muller. Arbitragem coletiva e companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

³¹⁰ PRADO, Viviane Muller. Arbitragem coletiva e companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

Aqui, aplica-se também todas as especificidades relativas às arbitragens envolvendo a administração pública, capazes de responder os questionamentos envolvendo a sua participação e também acabam por fugir ao escopo do presente trabalho.

Por fim, há uma discussão se seria necessária uma autorização expressa para arbitragem coletiva nas cláusulas compromissórias³¹¹. Conforme a jurisprudência americana, esse é um dos requisitos para a arbitragem de classe³¹². No Brasil, dada a ausência legislativa e jurisprudência sobre o tema, ainda não se discutiu o assunto. Mas a priori, não é necessário, salvo haja uma mudança legislativa incluindo esse requisito.

Fato é que não há qualquer óbice para a aplicação da legitimidade *ad causam* (substituição processual) na arbitragem coletiva, fundamentada nas normas previstas no ordenamento jurídico, mais especificamente no microsistema processual coletivo. Os legitimados são os mesmos previstos na Lei de Ação Civil Pública, inclusive para a tutela dos investidores do mercado de capitais.

Além disso, a possibilidade de aplicação da técnica de legitimidade extraordinária por substituição processual na arbitragem coletiva não afasta a possibilidade de aplicação da técnica da representação e do litisconsórcio, se as partes assim desejarem. Particularmente, entende-se nesse trabalho que a melhor solução depende da quantidade de interessados, mas a legitimidade extraordinária torna o procedimento menos caótico e mais célere.

4.2.2 Intervenção de Terceiros

Em regra, nenhuma das modalidades de intervenção de terceiros são vedadas ou totalmente incompatíveis com a arbitragem³¹³. É preciso, claro, que haja uma adequação desses institutos ao procedimento arbitral e suas peculiaridades e princípios³¹⁴. Tanto é assim que em pesquisa empírica promovida pela professora Selma Lemes, constatou-se a ocorrência de intervenções de terceiros nas arbitragens ocorridas nos anos de 2017 e 2018 na Câmara de Comercio Internacional (CCI), Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) e Câmara Americana de Comércio para o Brasil (AMCHAM)³¹⁵.

³¹¹ PRADO, Viviane Muller. Arbitragem coletiva e companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99-122.

³¹² *Stolt-Nielsen v. Animal Feeds Int'l Corp.*, 559 U.S. (2010),

³¹³ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.

³¹⁴ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.

³¹⁵ LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 15.05.2021, às 20:01h.

Via de regra, a principal dificuldade na participação de terceiros na arbitragem certamente é a impossibilidade de obrigar-lhes a se submeter à jurisdição arbitral e consentir com a convenção de arbitragem³¹⁶. A essência da arbitragem é consensualidade e a autonomia da vontade³¹⁷. Mas claro que essa dificuldade deixa de existir se a intervenção é voluntária ou o terceiro concordar em participar. É esse tipo de intervenção que ora se propõe para arbitragens coletivas societárias, pois entende-se que essa é a intervenção mais adequada e compatível com o instituto. Tanto o *custos iuris* como o *amicus curiae* são intervenções de terceiros que pressupõe uma voluntariedade do terceiro, como visto. Cabe a CVM e ao MP a decisão de intervir no processo³¹⁸.

A parte no procedimento arbitral – à exemplo da premissa adotada acima do que seria parte da demanda – é aquele “quem postula algum direito pela via arbitral, bem como aquele contra quem tal direito é postulado”³¹⁹. E o terceiro, por exclusão, tal qual no processo judicial, é aquele que não é parte. Assim, tanto a intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica, como a intervenção da CVM na qualidade de *amicus curiae*, são de terceiros, alheios à demanda. Não há que se falar em consentimento desses entes com a arbitragem, portanto.

Feitas as considerações necessárias, faz-se necessário analisar especificamente a compatibilidade com a arbitragem das duas intervenções de terceiros mais significativas no âmbito da tutela coletiva dos investidores no mercado de capitais: (i) a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica; (ii) e a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários como *amicus curiae*.

Apesar das diferenças entre as duas modalidades de intervenção, as discussões envolvendo a transposição dessas técnicas para a arbitragem são bem parecidas. Via de regra, discute-se: (i) a compatibilidade entre os institutos com a arbitragem coletiva societária; (ii) a obrigatoriedade ou não da convocação pelos árbitros; (iii) a quem cabe a decisão de intervir; e a (iv) definição dos limites de atuação dos terceiros pelo tribunal arbitral.

Acontece que os institutos não recebem o mesmo tratamento e, por isso, as soluções podem ser distintas, o que justifica uma análise à parte de cada uma das intervenções.

³¹⁶ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.

³¹⁷ FARIA, Marcela Kohlbach de. Intervenção de Terceiros na Arbitragem Coletiva. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 302; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.

³¹⁸ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175.

³¹⁹ COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 63.

4.2.2.1 A Participação do Ministério Público como *custos iuris*

A primeira discussão é sobre a existência ou não de *compatibilidade* da intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos iuris* com a arbitragem coletiva societária.

Essa discussão existe em decorrência da suposta indisponibilidade dos direitos fiscalizados pelo Ministério Público³²⁰ (que levaria a inarbitrabilidade do conflito) e sobre a sua atuação enquanto um fiscal da lei não fazer sentido dentro do procedimento arbitral. Mais que isso, não sendo de fato compatível a essência da arbitragem de direitos patrimoniais e disponíveis com a figura do *custos iuris* de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como visto, é possível que os efeitos das arbitragens coletivas societárias tenham implicações jurídicas ou econômicas que transcendam as partes que compõe a lide³²¹. É justamente o que ocorre na arbitragem coletiva feita nos moldes de uma ação civil pública para tutela coletiva de investidores ou acionistas. Nesses casos, há de ser aplicada a técnica da substituição processual em decorrência de legitimidade extraordinária. Por consequência, os efeitos do processo atingirão investidores que não estarão presentes na arbitragem e há, como visto, um evidente interesse coletivo quando houver ilícitos praticados no mercado de capitais.

Isso não significa, novamente, que a arbitragem tratará sobre direitos indisponíveis. Mas que terão implicações para além das partes, pois como visto, é de interesse da coletividade um mercado seguro e com mecanismos de tutela dos investidores eficaz. Portanto, a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica poderia sim ser necessária nesses casos. Mais que isso, seria imprescindível para garantir o exercício das funções institucionais do Ministério Público³²².

Como a arbitrabilidade é tema que foge ao escopo do presente trabalho, então adotar-se-á a posição de Rômulo Greff Mariani que entende que “a intervenção do Ministério Público não significa, necessariamente, a indisponibilidade do direito em litígio. Na prática, isso significa que existem ações judiciais em que a intervenção ocorre em meio à discussão sobre

³²⁰ Lembrando que o artigo 127 da CF preceitua que cumpre ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

³²¹ BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como Amicus Curiae. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313. Também nesse sentido: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-269.

³²² NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255.

direitos disponíveis”³²³. Assim, conclui-se que o interesse do Ministério Público numa arbitragem coletiva não implica na arbitrabilidade do litígio.

No mais, o escopo de intervenção do Ministério Público atualmente, como tratado acima, é muito maior do que um fiscal da lei, sendo agora responsável pela defesa da ordem jurídica, o que justifica ainda mais atuação do *parquet* também na esfera arbitral.

Um outro entrave que pode ser suscitado é a expressão “essencial à função jurisdicional do Estado” utilizada pelo legislador constituinte no art. 127 da Constituição Federal ao estabelecer a função do Ministério Público. Contudo, isso não significa uma limitação da atuação do *parquet* apenas a jurisdição estatal. A nossa CF é de 1988, momento em que a arbitragem era ainda muito insipiente e não possuía a força de jurisdição equiparada à função jurisdicional do Estado. Portando, o artigo não deve ser interpretado de modo a limitar a atuação do Ministério Público, até porque há atuação ministerial para além da jurisdição, à exemplo do inquérito civil³²⁴.

Dessa forma, não existe nenhuma incompatibilidade ou óbice a participação do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica nas arbitragens coletivas societárias³²⁵. Mais que isso, haveria até mesmo um dever de atuação por parte do Ministério Público quando cabível³²⁶.

Analisada a compatibilidade e possibilidade de aplicar a técnica de intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos iuris* nas arbitragens coletivas societárias, resta compreender se há uma obrigatoriedade ou não de convocar esse terceiro (MP) para a arbitragem. Ou seja, se o árbitro tem o dever de intimar o Ministério Público diante de uma arbitragem coletiva societária em que ele não seja parte, à exemplo do que ocorre na jurisdição estatal.

De modo geral, a doutrina é silente sobre esse tema. Muito fala-se na intervenção do Ministério Público de forma voluntária nas arbitragens envolvendo administração pública ou de direito coletivos, mas para que essas intervenções voluntárias ocorram é necessário que seja

³²³ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180. Em sentido semelhante: LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 159. MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, vol. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 379-401.

³²⁴ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180-181.

³²⁵ Também entendendo pela inexistência de óbices: MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180-182; LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160; NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255; PEREIRA, César; QUINTÃO, Luísa. Entidades representativas (art. 5º, XXI, da CF) e arbitragem coletiva no Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105-123.

³²⁶ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

dado conhecimento ao órgão ministerial sobre a existência da ação. E a doutrina não esclarece como será dado esse conhecimento.

Portanto, entende-se que tal como juiz de direito, tendo em vista a equiparação promovida pelo art. 18 da LArb e importância da atuação do Ministério Público nas arbitragens coletivas em defesa dos investidores do mercado de capitais, o árbitro também tem o dever de convocar o *parquet*³²⁷, para que, caso ele queira e entenda cabível, intervenha no procedimento. Neste ponto, nota-se a importância de haver uma regulamentação clara por parte das câmaras arbitrais, especialmente na CAM, definindo detalhadamente tais questões para dar maior segurança jurídica para os árbitros e para as partes quanto ao procedimento adotado.

Não há qualquer óbice em colocar essa técnica em prática. Essa intimação não é um problema para as companhias, eis que elas já são obrigadas a informar ao mercado todo e qualquer *fato relevante* “ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável” na cotação ou na decisão de comprar, vender, manter os valores mobiliários (art. 2º, Instrução da CVM nº. 358 e art. 157, §4º da Lei de Sociedades Anônimas). A existência de uma arbitragem coletiva relativa à danos praticados no mercado de capitais é um fato relevante. Ou seja, o mercado já seria informado sobre esse fato em um determinado momento. Sobre esse ponto, trataremos melhor no tópico da confidencialidade.

Logo, a obrigatoriedade ou não da intimação deixa de ser um problema, na medida que o mercado (logo o MP e a CVM também) passará a ter ciência dessa arbitragem por meio da divulgação dos fatos relevantes.

À exemplo do que ocorre no processo estatal, o Ministério Público é quem deve averiguar quando cabe ou não a sua intervenção. Logo, ele não está obrigado a participar dessas arbitragens. O *parquet* que, diante da análise da arbitragem, deverá decidir se cabe ou não a sua intervenção no litígio e se ele entender que é cabível, sua participação será obrigatória, também no sentido do que ocorre no processo estatal. Em caso de discordância entre o MP e o árbitro, aplicam-se as mesmas regras³²⁸.

Há quem defenda que o tribunal arbitral precisa autorizar essa intervenção, consubstanciado no artigo 18 da LArb e que não seriam estendidas ao *parquet* as mesmas

³²⁷ Entendendo que é responsabilidade dos árbitros à intimação do Ministério Público: NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180-181.

³²⁸ Nesse sentido: MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, vol. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 379-401.

prerrogativas que no processo estatal³²⁹. De acordo com essa ideia, seria definido pelos árbitros, pelas partes e pelo Ministério Público, conjuntamente, os limites de sua atuação³³⁰.

De fato, algumas prerrogativas e direitos concedidos ao *parquet* na esfera estatal são incompatíveis com o instituto da arbitragem, como a possibilidade de interpor recursos. No que for incompatível, por óbvio, não se aplica. Mas nas prerrogativas concedidas e que forem compatíveis não há razão para que não sejam conferidas. Claro que, querendo, e de comum acordo, podem as partes alterar livremente o procedimento. Mas não há uma obrigação de limitação por parte do tribunal arbitral.

Conclui-se, reafirmando quando a possibilidade de intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica nas arbitragens coletivas societárias, bem assim como a necessidade dos árbitros, diante dessas situações, noticiar o *parquet* para que, entendendo pelo cabimento da intervenção, exerça suas funções institucionais na defesa da ordem pública na tutela coletiva dos investidores.

4.2.2.2 A Participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como *amicus curiae*

A doutrina também discute se esse tipo de intervenção é compatível com o instituto da arbitragem, se seria possível face evidente omissão legislativa da matéria e, como se daria, no aspecto prático, a referida intervenção.

Sobre a suposta incompatibilidade da figura do *amicus curiae* com o instituto arbitragem, há quem entenda que o *amicus curiae* está sempre relacionado a ideia de interesse público e participação social, portanto, “por essência, a figura do *amicus curiae* é contraditória com o próprio âmbito de atuação da arbitragem comercial, em que somente são admissíveis litígio de natureza patrimonial e disponível, que interessam pura e simplesmente às partes envolvidas”³³¹. Esse não é o posicionamento adotado nesse trabalho e a justificativa é a mesma utilizada para demonstrar a compatibilidade da intervenção do Ministério Público: a figura do *amicus curiae* não se justifica apenas quando diante de direitos indisponíveis.

³²⁹ MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 198-204. MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, v. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 379-401;

³³⁰ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, v. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 379-401;

³³¹ Esse posicionamento é defendido por Marcela Kolbach, mas a própria autora ressalva a possibilidade de ocorrer no âmbito de arbitragens coletivas relativas ao mercado de capitais, o que nos parece contraditório de certa forma. FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 177-178.

A compatibilidade se torna ainda mais evidente quando analisamos especificamente a CVM como *amicus curiae*, pois trata-se de uma hipótese expressamente prevista na lei, onde o requisito é que o processo trate de questão de competência da CVM. É como se a contributividade adequada fosse, em certa medida, presumida, quando o conflito versasse sobre mercado de capitais.

A participação da CVM como *amicus curiae* nas arbitragens coletivas em defesa dos investidores estaria alinhada com seus objetivos institucionais, tais como a proteção “dos titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado” e “assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e balcão”³³². Portanto, conclui-se pela evidente compatibilidade entre os institutos³³³.

Em relação a omissão legislativa, como afirmam Marcelo Barbosa e Guilherme Franco, “a omissão legal, nesse caso, parece decorrer muito mais de um fator temporal do que intencional”³³⁴. Como vimos, as normas que regulam a participação da CVM como *amicus curiae* nas ações de sua competência são muito anteriores à lei de arbitragem, quiçá à sua consolidação enquanto jurisdição e via adequada para tutela societária. Logo, desde que alinhada com a suas finalidades, não restam óbices a participação da CVM numa arbitragem coletiva societária. Não há qualquer prejuízo para coletividade (muito pelo contrário), nem para a CVM.

Também há um dever do árbitro de intimar a CVM, à exemplo do que ocorre no processo estatal. A justificativa é a mesma utilizada para fundamentar o dever de intimação do *custos iuris* pelo árbitro. A CVM, após ser intimada (ou após tomar conhecimento da arbitragem), analisaria, à exemplo do que ocorre no processo estatal, se quer ou não intervir no procedimento arbitral.

Aqui importante uma observação: via de regra, quando se fala em intervenção por *amicus curiae*, seja no processo estatal, seja no processo arbitral, fica a critério do juiz/árbitro analisar, de acordo com seu juízo de discricionariedade, se autoriza ou não a intervenção.

³³² BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como Amicus Curiae. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313.

³³³ Também entendendo pela compatibilidade dos institutos: BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como Amicus Curiae. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313.

³³⁴ BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como Amicus Curiae. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313.

Em sede de arbitragens envolvendo a administração pública, a intervenção do *amicus curiae* já está regulada por algumas câmaras arbitrais. À título de exemplo, no regramento adotado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) para arbitragens envolvendo a administração pública, permitiu-se a modalidade de intervenção por *amicus curiae*, desde que previamente autorizada pelo Tribunal Arbitral e a seu “juízo de conveniência e oportunidade, a relevância da matéria e a representatividade do postulante”.

Esse é o entendimento sustentado pela doutrina de forma geral e, conseqüentemente, também aplicado no caso da CVM e arbitragens envolvendo a tutela coletiva de investidores³³⁵.

Mas a situação da CVM é evidente diferente, como vimos. Por isso, assim como no processo estatal, a sua vontade é suficiente para que haja uma intervenção, não é preciso que o juiz/árbitro autorize. Aqui, não cumpre aos árbitros analisar se a intervenção será pertinente.

Por fim, a participação da CVM na qualidade de *amicus curiae* pode trazer mais benefícios do que prejuízos para a arbitragem, contribuindo para o aumento da participação social e desenvolvimento e segurança do mercado de capitais³³⁶. Portanto, ainda que se entenda que cabe aos árbitros a prerrogativa de indeferir a intervenção da CVM, a tendência deve ser de permitir, ao máximo, a sua participação.

³³⁵ Nesse sentido: FARIA, Marcela Kohlbach de. Intervenção de Terceiros na Arbitragem Coletiva. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDEZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313. Entendendo também pela possibilidade de os árbitros concordarem ou não com a intervenção e estabelecer os limites da atuação: MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182;

³³⁶ Sobre os benefícios da participação da CVM na qualidade de *amicus curiae* nas arbitragens coletivas societárias: BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como *Amicus Curiae*. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDEZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313.

5 CONCLUSÃO

Observam-se duas principais premissas amplamente defendidas nesse trabalho: *a primeira*, de que é fundamental ao mercado de capitais que existam mecanismos eficientes de *enforcement* à reparação dos danos causados por sociedades anônimas aos seus investidores; e *a segunda*, de que a ação civil pública não é suficiente, ou mesmo adequada, para solucionar as controvérsias existentes nesse âmbito.

Por conseguinte, desponta a arbitragem coletiva como uma das portas adequadas para dirimir as controvérsias entre as sociedades e seus investidores, de forma mais rápida e eficiente do que o processo estatal. Há, contudo, um bom espaço para melhorias em seu procedimento, as quais podem ser extraídas a partir da experiência absorvida pela ação civil pública ao longo dos mais de mais de 35 anos de vigência de sua legislação.

A proposta, devidamente delineada ao longo desse trabalho, foi a seguinte: somar a estrutura propícia e adequada da jurisdição arbitral com as melhores técnicas desenvolvidas pela ação civil pública. O resultado dessa equação conduziria à solução eficiente dos litígios coletivos societários.

Para alcançar esse objetivo, foi preciso estudar o instituto das técnicas processuais. Como antevisto, a técnica processual nada mais é do que o ato processual *que compõem o procedimento*, ou, melhor dizendo, o *ato processual propriamente dito*. É exatamente o conjunto das técnicas processuais que acabam por formar os procedimentos.

Nesse ponto, também fora demonstrado o grande avanço legislativo acerca da relação de procedimentos, e as técnicas processuais foram protagonistas dessa evolução. Desse diagnóstico, é possível definir, por exemplo, quais são as técnicas processuais do procedimento da ação civil pública que não fazem parte do procedimento comum do CPC, de modo a identificá-las como técnicas diferenciadas. Para os fins deste trabalho, contudo, foram separadas estritamente as técnicas diferenciadas que poderiam ser identificadas como obrigatórias, assim definidas em face da sua essencialidade ao procedimento.

Procedeu-se, em seguida, a uma análise minuciosa do procedimento da ação civil pública, ao passo que foram consideradas toda as suas particularidades e estrutura procedimental. A partir dessa análise global do procedimento, foi possível identificar exatamente quais seriam suas técnicas diferenciadas obrigatórias, quais sejam: a legitimidade *ad causam*, a intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos iuris*, a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários como *amicus curiae*, (iv) a ampla publicidade dos atos processuais e a coisa julgada no âmbito das ações civis públicas.

Uma vez fixadas essas técnicas, procedeu-se ao diagnóstico de cabimento e modo de aplicação ao procedimento das arbitragens coletivas.

No que concerne à legitimidade *ad causam*, verificou-se a possibilidade de aplicação da legitimidade *ad causam* (substituição processual) na arbitragem coletiva, fundamentada nas normas previstas no ordenamento jurídico, mais especificamente no microsistema processual coletivo. Assim, todos os legitimados à propositura de uma ação civil pública seriam igualmente aptos a instaurarem uma arbitragem coletiva enquanto substitutos processuais dos investidores lesados.

Em relação às intervenções de terceiros, em especial, do Ministério Público como *custos iuris* e da CVM como *amicus curiae*; verifica-se que não apenas são cabíveis as intervenções, como existe um dever legal dos árbitros de conceder tal oportunidade. Inclusive, a intervenção desses entes pode trazer mais benefícios do que prejuízos para a arbitragem, contribuindo para o aumento da participação social e segurança do mercado de capitais

Já no que diz respeito à publicidade, em primeiro lugar, foi necessário demonstrar que, embora o caráter sigiloso seja muito comum nos procedimentos arbitrais, não se trata de uma figura inerente à sua estrutura. Quebrar esse mito foi etapa essencial à confirmação de que a publicidade deve ser adotada nas arbitragens coletivas, inclusive com adoção das técnicas diferenciadas de ampla publicização que o procedimento da ação civil pública adota.

A partir dessa publicidade abrangente e da legitimação extraordinária, será possível a adoção também da última técnica diferenciada obrigatória da ação civil pública, qual seja a coisa julgada *erga omnes*. Verifica-se, portanto, os benefícios de eficiência processual e considerável diminuição do risco de decisões conflitantes advindos da aplicação dessa técnica ao procedimento arbitral.

Por fim, foi demonstrado que todas essas técnicas podem ser implementadas pelos próprios árbitros, no âmbito de seus poderes-deveres de construir um procedimento eficiente à solução das controvérsias no âmbito de sua jurisdição. Sem prejuízos a atuação ativa do árbitro na construção procedimental, também foram propostas adequações aos próprios regulamentos das câmaras arbitrais que lidem com esse tipo de controvérsia para que proporcionem o melhor serviço de administração às arbitragens coletivas.

Nessa ordem de ideias, espera-se que a conclusão desse trabalho seja o começo de uma forma mais eficiente e melhor planejada de se dirimir, a partir da arbitragem coletiva, os conflitos decorrentes da reparação dos danos causados por sociedades anônimas aos seus investidores.

6 REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Arruda. ASSIS, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

BARBOSA, Marcelo; FRANCO, Guilherme Melchior da Silva. A atuação da CVM como Amicus Curiae. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. 3.^a Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos Comuns e Distintivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 4, p. 233-241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. Tese (Titular de Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BENARRÓS CLEMENTONI, Myriam. *Actio popularis* no direito romano e sua recepção no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica de direito do Estado*, n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2004.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Comentários ao art. 327. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Das disposições gerais do procedimento comum. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, v. 2. Wolter Kluwer, New York, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional Brasileiro*. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BRUSCATO, Wilges. A proteção judicial aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v. 8, p. 877-902. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. In: Marcato, Antônio Carlos (coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. O amicus curiae no novo Código de Processo Civil. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça *et al* (coords.). *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. *Revista de Processo*, vol. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CABRAL, Antônio 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*. Ano 44, vol. 287. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. *Regulação e autorregulação do Mercado de bolsa*. São Paulo: Almedina, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. v. 1. Campinas: BookSeller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Diritto Processuale civile*, v. 01. [Trad. Esp. Santiago Sentis Melendo. Instituciones de Derecho Procesal civil]. Buenos Aires: Ejea, 1962.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o processo coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; VIGORITI, Vincenzo (coords). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições del processo civil*. v. 1. 2. ed. Traducción de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. 3. Padova: Cedam, 1939.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.). *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CEREZETTI, Sheila Neder. *Comentários à Lei do Mercado de Capitais - Lei nº. 6.385/76* (coords. Gabriela Codorniz e Laura Patella). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e a sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º do Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª Edição italiana por J. Guimarães Menegale acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 3, 2011.

CLARO, Carlos Roberto. Ensaio sobre a Lei 7.913/89. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

COELHO, Eleonora. A Necessidade de Criação de Regulamentos Adaptados para Arbitragens Coletivas no Mercado de Capitais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords). *Processo Societário*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1.

CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

COSTA, Susana Henrique. Art. 327. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COSTA, Susana Henriques. Comentários ao art. 17. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIDIER JR, Fredie. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário. *Revista de Processo*. Vol. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. v. 01. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo [Versão Eletrônica]. *Revista de Processo*. v. 229, p. 273-280. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*, vol. 2. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual Civil*. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, v. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Garrilho; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Gustavo Saad. Intervenção Amicus Curiae: Sentido e Alcance. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coords.) *A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. v. 8. t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação teórica dos procedimentos especiais. Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Intervenção de Terceiros na Arbitragem Coletiva. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 297-313.

FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milão: Giuffrè, 1957.

FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. Análise Crítica da Cultura da Confidencialidade na Arbitragem Coletiva Societária. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O Ministério Público nas Ações de Família. *Revista de Processo*. vol. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIRA, André de Luizi. A confidencialidade na arbitragem: fundamentos e limites. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coords.) *Arbitragem: Temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro; WATANABE, Kazuo. Admissibilidade e Adequação da Arbitragem Coletiva como mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 17, n. 68, CBar, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 14. v. 21. N. 3. Rio de Janeiro, 2020.

GARRIDO, Jose Antônio. Sobre conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. *Revista do Programa de pós-graduação em direito na UFBA*. N. 13. Ano 2006, Salvador.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, 1995.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em memória do Prof. Guido Fernandes da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Da especialidade do Procedimento das Execuções Fundadas em Título Extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. *Novo CPC – Doutrina Seleccionada*. Lucas Buriel, Alexandre Freire e Ravi Peixoto (coords.). v. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. 35 anos da Ação Civil Pública: métodos adequados de solução de conflitos e desafios da atualidade. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; e SHLEIFER, Andrei. Investor Protection and Corporate Valuation. *The Journal of Finance*, v. 56, 2002.

LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Disponível em:

<<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 15.05.2021, às 20:01h.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVY, Daniel de Andrade. Aspectos polêmicos da arbitragem no mercado de capitais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n 27, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista EMERJ*, v. 10, n. 37, 2007.

LOTUFO, Mirelle Bittencourt. O direito do acionista à informação e a confidencialidade da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

MACARINI, José Pedro. Um aspecto da política econômica do "milagre brasileiro": a política de mercado de capitais e a bolha especulativa 1969-1971. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 38, n. 1, p. 151-172, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, vol. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, vol. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARIN, Fábio Sanazard. Lei da Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 35 anos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na arbitragem e o papel do Ministério Público. *Revista de Processo*, vol. 296. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Ação Civil Pública - Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIDITIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. t. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem In: *Processo Societário* (coords. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVEIRA, Bruna Alcino Marcondes da. Arbitragens coletivas e interpretação estrita das regras de independência e imparcialidade para a nomeação dos árbitros. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021.

NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, v. 730. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil - Novo CPC - Lei 73.705/2015*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e Coisa Julgada na Arbitragem Coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021.

NOBREGA, Maílson da. O futuro chegou. *Instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Editora Globo, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócio jurídico processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PARGENDLER, Mariana; PRADO, Viviane Muller; BARBOSA JR., Alberto. Cláusulas arbitrais no mercado de capitais brasileiro; alguns dados empíricos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, César; QUINTÃO, Luísa. Entidades representativas (art. 5º, XXI, da CF) e arbitragem coletiva no Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Enforcement e Tutela Indenizatória no Direito Societário e no Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (coords). *Ministério Público*. In: DIDIER JR, Fredie. (coord. Geral). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões* [Versão eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Arts. 282-443. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PRADO, Viviane Muller. Arbitragem coletiva e companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinicius Correa. Relatório de Pesquisa de Jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Caderno Direito GV*, n. 9, jan. 2006.

PRADO, Viviane Muller; MANSUR, Fernanda Farina; SILVA, Victor Hugo Cunha. A inefetividade dos mecanismos coletivos de proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários brasileiro. *Revista de Processo*. v. 306, 2020.

PRADO, Viviane Muller; VILELA, Renato. Indenização de investidores por termo de compromisso. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

PROTO PISANI, Andréa. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*” *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV, 1979.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Alberto dos. *Procedimentos Especiais*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

RIBEIRO, Ivan César. Arbitragem, risco legal e o novo mercado da Bovespa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Os investidores Institucionais e o desenvolvimento do mercado de capitais. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de. (coords.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marco Antonio. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SADDI, Jairo. “Qual é o melhor sistema jurídico para o mercado de capitais?” In: *Direito Societário - desafios atuais* (coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos Aragão). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SALAMA, Bruno M.; PRADO, Viviane Muller. Legal protection of minority shareholders of listed corporations in Brazil: brief history, legal structure and empirical evidence. *Journal of Civil Law Studies*, v. 4, 2011.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. As atuações conjuntas da CVM e do MPF na Tutela Coletiva. In: ABRÃO, Carlos Henrique; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais. Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Ministério Público e Defensoria Pública. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Temas essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TALAMINI, Eduardo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. 18. ed. Cidade do México: Porrúa, 2005.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 1977.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Lei 7.913/89, de 7 de dezembro de 1989: a tutela judicial do mercado de valores mobiliários. *Revista dos Tribunais*. vol. 667. p. 70-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

UZEDA, Carolina. Reconvenção subjetivamente ampliativa: a posição processual do terceiro-interveniente. *Revista de Processo*, v. 285. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re) tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: In: MONTEIRO, André Luis; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (coords.) *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem e o mercado de capitais. *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*, n. 146, 2007.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WALD, Arnold. In: ZACLIS, Lionel (coord.). *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WALD, Arnaldo. Uma introdução à arbitragem de classe. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. *Revista de Processo*. v. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*. Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, I, 6. ed. Milano, Giuffrè 1964.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Tutela Jurisdicional Coletiva Dos Investidores no Mercado de Capitais e dos Sócios Minoritários e a Judicialização da Negativa de Fusão entre Pão de Açúcar e Carrefour. *Revista de Processo*, v. 233. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.