4.

Proteção do principal com relação a atos do agente

4.1. Plano do capítulo e notas metodológicas

O capítulo anterior concluiu que em diversas situações há obstáculos práticos e jurídicos para que os principais (substituídos/representados) participem plenamente dos processos movidos pelos agentes (substitutos/representantes) e, portanto, defendam os seus próprios (e reais) interesses.

Entretanto, mesmo quando o principal efetivamente tenha algum grau de participação na relação jurídica processual, pode ela não ser plena, sobretudo em razão de eventual hipossuficiência ou vulnerabilidade que justifica a própria atuação do agente.

Em tal cenário, o sistema deve estar provido de mecanismos que impeçam que o principal (ausente ou, mesmo que presente, seja hipossuficiente ou vulnerável) seja prejudicado por condutas dolosas ou culposas do agente.

O primeiro passo é demonstrar que o agente se sujeita a deveres com relação ao principal. O tema é bem desenvolvido no plano da representação no direito material, mas é ignorado quanto à representação e à substituição processuais.

O segundo passo é reconhecer a utilidade dos estudos de *Law and Economics* sobre os chamados "custos de agência". Uma breve incursão acerca do tema terá manifesta relevância.

O terceiro passo é traçar uma tipologia dos riscos a que o principal está sujeito, identificando condutas dolosas e culposas do agente, que, como se verá adiante, serão divididos entre: *(i)* conflito de interesses; *(ii)* colusão; e *(iii)* atuação negligente.

O quarto e último passo é identificar os meios dos quais dispõe o sistema para afastar ou minimizar os riscos ao principal ausente ou àquele que, embora presente, seja hipossuficiente ou vulnerável.

Diante da escassez de desenvolvimento sistemático do tema pela processualística, mostra-se absolutamente necessário recorrer aos elementos da dogmática do Direito Civil e do Direito Comercial, com aportes da chamada "análise econômica do direito".

O raciocínio será desenvolvido com base no Direito brasileiro, uma vez que o presente capítulo é menos propício à comparação jurídica, embora pontualmente haja alusões a ordenamentos estrangeiros.

Por fim, convém observar que o presente capítulo, que se consubstancia em fechamento de temas desenvolvidos nos três anteriores, prescindirá da repetição das referências bibliográficas listadas para diversos temas.

4.2. Deveres do agente com relação ao principal

4.2.1. Deveres do representante no direito material

As mais diversas figuras de representantes sujeitam-se, *grosso modo*, aos mesmos deveres com relação ao representado, ainda que em cada seara ostentem extensões e contornos diferentes[1].

Para o direito privado, essa afirmação se baseia na existência de uma base comum de normas gerais sobre representação, presentes na Parte Geral do CC (arts. 115 a 120) e aplicáveis às suas diversas formas[2].

Embora variem muito as classificações dos deveres impostos aos diversos tipos de representantes, entende-se que, para fins didáticos, podem ser divididos em duas esferas: *(i)* o dever de lealdade (não trair o interesse do representado para prestigiar interesse próprio ou de terceiro[3], exigência de caráter *ético*); e *(ii)* o dever de diligência (agir com zelo e transparência relativamente aos interesses do representado, exigência de caráter *técnico*).

A demonstração a ser aqui realizada quanto à aplicação desses deveres às diversas formas de representação será: *(i)* transversal, extraindo-se os elementos comuns que conotam as suas diversas figuras; *(ii)* breve, pois uma tratativa profunda relativa ao direito material seria incompatível com os limites deste item e os objetivos desta obra; e *(iii)* meramente instrumental, pois o objetivo é identificar como os deveres, originalmente aplicáveis no plano do direito material, projetam-se para o direito processual.

Na representação legal, os pais têm diversos deveres para com os filhos, inerentes ao poder familiar, os quais são delineados de forma mais genérica pelo ordenamento (arts. 1.634 a 1.638, 1.689 a 1.693, CC e art. 4.º, ECA).

De outro lado, tutores e curadores têm os seus deveres mais detalhados[4] (arts. 1.740 a 1.742, 1.747 a 1.750, 1.752, 1.774 e 1.781, CC), entre os quais se destaca o de "administrar os

---

1. Essas diferenças são decorrentes: *(i)* das diversas naturezas dos vínculos entre representantes e representados; *(ii)* das diversificadas formas de investidura e destituição dos representados; *(iii)* dos diversos graus de complexidade das incumbências dos representantes; *(iv)* das distintas amplitudes dos poderes conferidos legal e convencionalmente aos representantes etc.

2. Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 8. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 480.

3. O dever de lealdade está especificamente previsto no art. 155 da Lei n. 6.404/1976, em cujo núcleo está justamente o "agir no interesse da companhia" (Ana Frazão, **Comentário ao art. 155**, Fábio Ulhoa Coelho (coord.), *Lei das Sociedades Anônimas comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 914).

4. Embora se atribua ao tutor o poder familiar na ausência ou impedimento dos pais, o exercício de tais poderes se dá de forma consideravelmente mais restritiva, pois sujeita a controle judicial prévio (autorizações – art. 1.748, CC) e posterior (homologações – art. 1.755, CC) conforme Orlando Gomes, *Direito de família*, 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 410.

bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé"[5] (art. 1.741, CC). A regra, delineada para a tutela, é extensível à curatela (arts. 1.774 e 1.781, CC).

Regras similares são impostas a representantes voluntários e orgânicos: *(i)* o mandatário está sujeito ao dever de "aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua" (art. 667, CC[6]); *(ii)* o inventariante está sujeito ao dever de "administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem" (art. 618, II, CPC[7]); *(iii)* o administrador falimentar deve "requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração" (art. 22, III, 'o', Lei n. 11.101/2005[8]); *(iv)* nas sociedades em geral, o administrador deve empregar, "no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios" (art. 1.011, CC e art. 153, Lei n. 6.404/1976); e, por fim, de modo menos claro, *(v)* o art. 22. § 1.º, 'a', da Lei n. 4.591/1964 atribui ao síndico "praticar os atos de defesa dos interêsses [*sic*] comuns, nos limites das atribuições conferidas por esta Lei ou pela Convenção", ao passo que o art. 1.348, IV, do CC exige-lhe "cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia"[9].

No plano do direito público, a terminologia é distinta, mas os mesmos deveres estão substancialmente plasmados no art. 37 da CF: moralidade e impessoalidade estão conectadas à ideia de lealdade[10], ao passo que eficiência se relaciona à diligência[11].

---

5. "Zelo e boa-fé, mencionados no artigo, sinônimos de dedicação e proteção, seriedade e dignidade, são requisitos para o tutor desenvolver seu *múnus* público da mesma forma que um pai exerce o poder familiar" (Milton Paulo de Carvalho Filho, **Comentário ao art. 1.741**, Cezar Peluso (org.), *Código Civil comentado*, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Manole, 2017, p. 1992.

6. Semelhantes deveres se impõem a outros representantes, como os gestores de negócio, conforme Antunes Varela, ***Das obrigações em geral***, 10. ed., rev. e atual., 11 reimpr., Coimbra: Almedina, 2014, v. 1, p. 458-470.

7. A descrição dos deveres de diligência impostos ao inventariante revela evidente similitude com aqueles reconhecidos para outros administradores. Vide a propósito Clóvis do Couto Silva, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, São Paulo: RT, 1977, v. 11, t. 1, p. 298; e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 9, t. 1, p. 68.

8. O paralelo entre os deveres do administrador falimentar e das sociedades é destacado pela doutrina, *v.g.*, Tiago Azevedo Ramalho, **Estatuto do administrador da insolvência**, Newton De Lucca e Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), *Falência, insolvência e recuperação de empresas: estudos luso-brasileiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 451.

9. Caio Mário da Silva Pereira aproxima os deveres do síndico aos do mandatário (***Condomínio e incorporações***, 16. ed. rev., reform. e atual. por Melhim Chalhub e André Abelha, Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 186-187).

10. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins, ***Tratado de direito administrativo***, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, v. 1, p. 366.

11. José dos Santos Carvalho Filho, ***Manual de direito administrativo***, 31. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 70.

O dever de lealdade decorre igualmente da cláusula geral de boa-fé que deve governar todas as relações jurídicas, não apenas aquelas emergentes de negócios jurídicos, em que é estudada com mais profundidade[12] (como na representação por mandatários, administradores de sociedades e associações), mas também em outros campos (como na representação investida legalmente, como os pais, ou judicialmente, como tutores, curadores, inventariantes, administradores de falência[13]).

Em decorrência dos deveres impostos aos representantes, são instituídos mecanismos de transparência e de responsabilidade.

Os mecanismos de transparência gravitam fundamentalmente em torno da prestação de contas[14], que é imposta a: ***(i)*** tutores e curadores (arts. 1.755 a 1.762 c.c. os arts. 1.774 e 1.781, CC); ***(ii)*** mandatários (art. 668, CC); ***(iii)*** inventariantes (art. 618, VII, CPC); ***(iv)*** administradores falimentares (art. 23, Lei n. 11.101/2005); ***(v)*** administradores de sociedades simples (art. 1.020, CC), limitadas (arts. 1.071, I, e 1.078, I, CC) e anônimas (arts. 122, VIII, e 132, I, Lei n. 6.404/1976); ***(vi)*** síndicos de condomínio edilício (art. 22, § 1.º, 'f', Lei n. 4.591/1964 e art. 1.348, VIII, CC); e ***(vii)*** agentes públicos, notadamente os agentes políticos (arts. 30, III, 31, 34, VII, 'd', 35, II, 49, IX, 51, II, 70, parágrafo único, 71, CF, entre outras incontáveis normas esparsas no ordenamento infraconstitucional).

Os mecanismos de responsabilidade são instituídos para o caso de haver quebra dos deveres, sujeitando os representantes, primordialmente, à obrigação de ressarcir danos e à destituição[15], em praticamente todas as suas espécies: ***(i)*** tutores e curadores (arts. 1.752, 1.764, III, e 1.766 c.c. os arts. 1.774 e 1.781, CC); ***(ii)*** mandatários (arts. 667 e 682, II, CC); ***(iii)*** inventariantes (art. 622, III, IV, e VI, e 625 CPC); ***(iv)*** administradores falimentares (art. 24, §§ 3.º e 4.º, Lei n. 11.101/2005); ***(v)*** administradores de sociedades simples e limitadas (arts. 1.016 e 1.017 c.c. o art. 1.053, CC), bem como anônimas (arts. 122, II,

---

12. Afinal, como observa JUDITH MARTINS-COSTA, a boa-fé é "instituto geral, atuante em todos os setores em que se divide o Ordenamento jurídico", embora pondere que "dúvidas não há sobre serem as relações obrigacionais o seu espaço por excelência" (***A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação***, 2. ed., 3. tir., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 289).
13. CAROLINA UZEDA, ***Boa-fé no processo civil:* um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio**, Tese (Doutorado), Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2023, p. 236-238.
14. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO se refere a um "direito da prestação de contas", aplicável a diversas áreas, com princípios e elementos comuns, como no direito das sociedades, da insolvência, dentre "diversas outras áreas específicas", o qual deve ser dogmaticamente construído a partir do direito das sociedades (***Introdução ao direito da prestação de contas***, Coimbra: Almedina, 2008, p. 163 e 166).
15. Não se consideram aqui, por estranhos aos objetivos da obra, eventual tipificação criminal de condutas lesivas, responsabilidade administrativa de determinados indivíduos em setores sujeitos a mais intensa regulação estatal (como administradores de companhias abertas e profissionais sujeitos a conselhos de fiscalização profissional) e responsabilidade administrativa, política e eleitoral de agentes públicos.

143, 158 e 159, Lei n. 6.404/1976); *(vi)* síndicos de condomínio edilício (art. 22, § 5.º, Lei n. 4.591/1964 e art. 1.349, CC); e *(vii)* agentes públicos[16].

As semelhanças entre esses regramentos permitem afirmar a existência de um "regime geral de agência", pautado pelos deveres de lealdade e diligência, sem se ignorarem as manifestas diferenças entre as diversas modalidades de representação.

4.2.2. Deveres do representante processual

Construída a breve base conceitual sobre os deveres dos representantes no âmbito do direito material, pode-se projetar sua aplicação no plano processual.

O dever de lealdade imposto ao representante, de não praticar condutas contrárias ao interesse do representado para beneficiar a si próprio ou terceiro, indubitavelmente se estende ao plano processual. Não haveria qualquer sentido em atribuir a essa segunda esfera tratamento diverso. Afinal, também nos domínios do direito processual, o dever de lealdade se conecta diretamente ao dever geral de boa-fé imposto a "aquele que de qualquer forma participa do processo"[17]. A norma é muito ampla não apenas do ponto de vista passivo (quem se sujeita ao dever de boa-fé), mas igualmente ativo (em benefício de quem se institui o dever de boa-fé). Normalmente, identifica-se o adversário do litigante de má-fé como o lesado pelo ilícito processual (tanto que a ele revertem as cominações pecuniárias decorrentes da improbidade processual[18]). Contudo, o representado é igualmente destinatário da proteção instituída pelo dever de boa-fé.

Da mesma maneira, o representante deve agir de forma zelosa na prática dos atos em juízo, por extensão do dever de diligência que lhe é imposto no plano do direito substancial, justamente porque não há como separar as duas esferas.

Os mecanismos de transparência e de responsabilidade perpassam os dois âmbitos, material e processual. Os representantes (sejam eles quais forem) deverão contemplar em suas prestações de contas aos representados (exigidas conforme o regime jurídico previsto para o direito material e já destacado no item anterior) os atos praticados em juízo, abrangendo especialmente os ganhos e perdas decorrentes da atuação processual em favor do representado.

A prestação de contas se sujeita à forma específica para representantes investidos de poder judicialmente (como tutores, curadores, inventariantes e administradores falimentares, nos termos do art. 553 do CPC). Nos demais casos, não prestadas as contas, caberá ação para exigi-las, nos termos dos arts. 550 a 552 do CPC, não se vislumbrando quaisquer

16. Aqui há uma verdadeira superinflação legislativa, sobrepondo-se responsabilidades administrativas, civis, eleitorais e políticas. Seria ocioso até mesmo listar todas as disposições legais, cuja consideração em específico é irrelevante para o raciocínio que aqui se pretende entabular.

17. Já se destacou que representantes estão sujeitos ao dever de boa-fé processual, conforme item 3.2.3, *supra*.

18. Art. 81, CPC.

diferenças quando as contas a serem prestadas concernem a atos realizados no plano do direito material ou processual.

4.2.3. *Deveres do substituto processual*

A essa altura do presente trabalho, não há maiores dificuldades para estender à substituição processual as construções desenvolvidas quanto à representação processual.

Dada a já tão decantada proximidade entre os institutos, desponta como natural estender ao substituto processual os deveres de lealdade e diligência exigidos do representante processual. Não demanda esforço aceitar que o ordenamento jurídico repudia permitir que o substituto processual aja dolosamente para prejudicar o substituído, ou conduza o processo de forma abertamente negligente quanto a direito que nem sequer lhe pertence.

O substituto processual é indubitavelmente parte e, portanto, está sujeito ao dever geral de boa-fé não apenas relativamente ao seu adversário, mas igualmente com relação ao substituído, à luz da leitura realizada no item anterior quanto à extensão subjetiva passiva e ativa desse dever.

No mais, é quase ocioso dizer (embora não consta tenha sido expressamente dito em doutrina) que: *(i)* o Ministério Público e os entes de classe agem como substitutos processuais altruístas do incapaz e do membro da categoria, respectivamente, para tutelar de forma lhana e diligente os direitos destes; *(ii)* mesmo os substitutos processuais egoístas (titulares de relações jurídicas conexas ou cotitulares de relações jurídicas incindíveis) não podem agir dolosamente a dano dos substituídos (respectivamente, titulares de relações jurídicas principais ou demais cotitulares das relações jurídicas incindíveis); e *(iii)* os legitimados coletivos não podem agir de forma propositalmente prejudicial ou nem mesmo negligente à coletividade em favor da qual o sistema lhes incumbiu de pedir tutela jurisdicional.

Os mecanismos de transparência também regulam a relação entre substituto e substituído em diversas situações: *(i)* não há dúvida de que o Ministério Público ou entes de classe[19] devem prestar contas aos substituídos quanto aos resultados (positivos ou negativos) decorrentes de sua atuação processual; *(ii)* em alguns dos casos de substituição processual em que há maior proximidade com a representação[20], como o capitão do navio (art. 527,

---

19. Aqui se refere à atuação dos entes de classe em ações individuais, em que há um dever de prestação de contas ao substituído (vide, a propósito, o seguinte julgado: TJSP, Agravo de Instrumento n. 2097343-30.2021.8.26.0000, 26.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Pontal – 1.ª Vara, Rel. Carlos Dias Motta, j. 09.12.2021, data de registro 09.12.2021). Tratando-se de ação coletiva, a prestação de contas é feita à assembleia (vide, a respeito: TJSP; Apelação Cível n. 1046565-69.2018.8.26.0100, 32.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 36.ª Vara Cível, Rel. Francisco Occhiuto Júnior, j. 02.07.2020, data de registro 02.07.2020; e TJSP, Apelação Cível n. 1126483-59.2017.8.26.0100, 31.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 37.ª Vara Cível, Rel. Antonio Rigolin, j. 06.10.2020, data de registro 06.10.2020 e (TJSP; Apelação Cível 1046538-86.2018.8.26.0100, 32.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 16.ª Vara Cível, Rel. Luis Fernando Nishi, j. 16.12.2021, data de registro 16.12.2021).

20. Item 1.5.7, *supra*.

CCom) e o agente fiduciário (art. 68, § 3.º, Lei n. 6.404/1976), o dever de prestação de contas é expressamente previsto em lei (art. 503, CCom e art. 68, § 1.º, Lei n. 6.404/1976, respectivamente); *(iii)* o substituto (condômino edilício[21] ou acionista[22]) que demanda cobrança de valores devidos ao substituído (condomínio edilício ou companhia) deverá reverter a este os ganhos obtidos[23]; e *(iv)* cotitulares de relações incindíveis devem prestar contas aos demais quanto aos resultados de processos ajuizados relativamente à comunhão (como no condômino *pro indiviso*[24]); e *(v)* o legitimado coletivo tem igualmente deveres de transparência perante a coletividade.

À falta de regras específicas, o direito do substituído em exigir contas do substituto deve ser veiculado com base nos arts. 550 a 552 do CPC[25].

4.3. Os chamados "custos de agência" (breves notas de *Law and Economics*)

O risco de o principal sofrer prejuízos por condutas dolosas ou culposas do agente cria o que a economia denomina "custos de agência", conceito do qual os estudiosos de *Law and Economics* se apropriaram. Mostra-se útil, pois, breve incursão sobre o tema.

Os economistas, há tempos, estudam a chamada "teoria da agência", que tem por objeto a relação entre um sujeito (agente) que realiza tarefas em favor de outro (principal[26]), mediante atribuição de poderes de decisão[27]. Há menos tempo, o tema passou a ser estudado no campo do direito, sob a vertente metodológica de *Law and Economics*[28].

---

21. Art. 21, parágrafo único, Lei n. 4.591/1964.
22. Arts. 159, §§ 3.º e 4.º, e 246, Lei n. 6.404/1976.
23. Caso a execução seja efetivamente promovida pelo substituto, o que se defendeu anteriormente não ser obrigatório (item 3.2.5, *supra*).
24. Arts. 1.318 e 1.319, CC.
25. O objeto das contas, a legitimidade para exigi-las e a forma de sua apresentação constituem questões de elevada complexidade, cujo exame não cabe aqui, sob pena de desvirtuar o objetivo deste subitem, o qual é apenas demonstrar a aplicação dos deveres de lealdade e diligência do substituído para com o substituto.
26. Kathleen M. Eisenhardt, **Agency theory: an assessment and review**, *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 58, jan. 1989.
27. Michael C. Jensen e William H. Meckling, **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. *Journal of Financial Economics*, North-Holland Publishing Company, n. 3, p. 308, 1976.
28. Vide Milton Barossi Filho, **O instituto inglês do *trust* e a assimetria de informação: um enfoque em *law economics* para o custo de agência**, Érica Gorga e Juliana Krueger Pela (coord.), *Estudos avançados de direito empresarial: contratos, direito societário e bancário*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 43-44.

Embora a teoria tenha sido originalmente concebida para as relações entre organizações empresariais e seus administradores[29], hoje é plenamente possível aplicá-la de forma ampla, considerando-se diversos outros fenômenos em que um sujeito age em favor de outro[30] e, portanto, também pode ser útil ao Direito Processual Civil para explicar as relações entre substituto/substituído e representante/representado[31].

Impõe-se ao agente que atue de forma cooperativa com o principal e realize os interesses deste. No entanto, como todo indivíduo racional que busca a maximização de seus próprios interesses[32], o agente pode responder a incentivos tanto para agir de modo cooperativo com o principal[33] quanto para priorizar o seu interesse em detrimento do interesse do principal.

Os incentivos ao agente para atuar de forma cooperativa ao principal podem ser de variadas ordens, como afetiva[34], reputacional[35] etc. Contudo, é evidente que ocupam um

---

29. Os primeiros estudos remontam à clássica de Adolf A. Berle e Gardiner C. Means, ***The modern corporation and private property***, New Brunswick: Transaction Publishers, 1991, p. 6-9.

30. Kathleen M. Eisenhardt, **Agency theory: an assessment and review**, *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 59, jan. 1989.

31. Não se conhecem estudos a respeito do problema de agência entre substituto/substituído processual e representante/representado processual. As duas mais importantes obras referência na doutrina nacional a respeito de análise econômica do processo civil – a de Erik Navarro Wolkart (***Análise econômica do processo civil***, São Paulo: RT, 2019, p. 563-566 e 588-592) e Ivo Gico Jr. (***Análise econômica do processo civil***, Indaiatuba: Foco, 2020, p. 182-193 – tratam exclusivamente do problema sob a perspectiva cliente/advogado, tema esse que, embora importante, ficou de fora do recorte metodológico desta obra (item 1.7, *supra*).

32. Essa concepção, que continua a ser prestigiada, embora com mitigações, baseia-se no utilitarismo de Jeremy Bentham e se espraia para o agir dos litigantes em processos judiciais, conforme expõe a clássica obra de Richard A. Posner, ***The economics of justice***, Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 31-38 e 60-87. Essa concepção continua a angariar a adesão da literatura de análise econômica do processo contemporânea, brasileira (Ana Carolina Melman, ***Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 59; e André Bueno da Silveira, ***Análise econômica do direito e teoria dos jogos: consequencialismo nas decisões judiciais e a nova interpretação das consequências***, São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 234), europeia (Éric Avenel, **Élements d'analyse économique de la representation des parties dans le procés civil**, Dany Cohen (org.), *Droit et économie du procès civil*, Paris: LGDJ, 2010, p. 67) e latino-americana (Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado, ***Análisis económico de las medidas cautelares civiles***, Santiago: Legal Publishing, 2012, p.12).

33. Como bem observado por Wilson Pimentel, "[a] racionalidade dos agentes não significa, como sustentam alguns críticos da *rational choice*, que se esteja diante de um homem egoísta, interessado unicamente no máximo proveito de suas atividades [...]. Não se pode confundir 'self-interest' com 'selfishness' ou, em vernáculo, o interesse pessoal com o egoísta, pois a satisfação do outro indivíduo pode, e muitas vezes está contida na própria satisfação, ou utilidade, de um indivíduo" (***Acesso responsável à justiça***, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019, p. 51).

34. Como no caso dos pais quando agem como representantes legais dos filhos.

35. Sobre o incentivo reputacional ao agente, confira-se John Armour, Henry Hansmann e Reinier Kraakman, **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem*

papel de destaque os incentivos financeiros[36], sejam eles sanções premiais (que incentivam comportamentos cooperativos[37]) sejam punitivas (que desincentivam comportamentos não cooperativos). As sanções premiais são despesas com incentivos e integram os chamados "custos de vinculação" (ou "bonding costs"[38]) que, por sua vez, compõem os "custos de agência".

Transpondo os conceitos para o plano do processo civil, na primeira categoria (sanções premiais) se enquadra o prêmio previsto no art. 246, § 2.º, da Lei n. 6.404/1976 para a ação social *ut singuli* de responsabilidade de controladores[39] ou as *qui tam actions* do Direito estadunidense[40]. De resto, conforme já destacado[41], a maioria dos representantes atua mediante remuneração[42].

---

comparada e funcional, trad. Mariana Pargendler, 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 89-90. Exemplifique-se com a hipótese do administrador falimentar profissional, cujo *track record* positivo será relevante para que continue a ser nomeado para exercício do seu mister.

36. Thamires Antunes Schuster, Michelle Freitas e Antonielle Pagnussat, **Teoria da agência: história e aplicabilidade nas organizações nacionais**, disponível em: https://eventos.ajes.edu.br/eccajes/uploads/ arquivos/5dd74636776e5_THAMIRES-MICHELLE-ANTONIELLE.pdf, acesso em: 15 nov. 2023.

37. Vide Marcelo Mazzola, ***Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial***, Salvador: Juspodivm, 2022, p. 62-65.

38. Esses dispêndios incluem aqueles incorridos para garantir que o principal vai ser compensado se o agente atuar contra os seus interesses (Michael C. Jensen e William H. Meckling, **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, *Journal of Financial Economics*, North-Holland Publishing Company, n. 3, p. 308, 1976).

39. Nelson Eizirik, ***A Lei das S/A comentada***, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 4, p. 263; e José Rogério Cruz e Tucci, **Questões polêmicas acerca da substituição processual do acionista**, Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.), *Processo societário IV*, São Paulo, Quartier Latin, 2021, p. 1224.

40. As *qui tam actions* foram originalmente previstas no *False Claim Act*, editado em 1863 (durante a Guerra de Secessão), para proteção do erário contra fraudes (originalmente na compra de provisões para as campanhas militares, mas depois em outras áreas) e prever as punições. O que importa aqui é a investidura de cidadãos do poder de ajuizar ações e obter parte das sanções (o cidadão passava a ser referido como um "relator"). Significativas alterações foram incorporadas em 1943 e 1986, mas mantendo em essência o direito do cidadão a parcela do proveito econômico. Em 2009, foi editado o *Fraud Enforcement and Recovery Act*, com previsões similares. Atualmente, segundo o § 3730(b) do 31 U.S.C, a ação pode ser movida por particulares "in the name of the Government" (o que, segundo a clássica máxima chiovendiana, levaria ao reconhecimento de que se trataria de representação processual e não substituição processual). Segundo os §§ 3730(b)(2) a (4), o primeiro ato do processo é a notificação do Governo, para que, em sessenta dias, decida se assume o processo ou declina do poder de fazê-lo, hipótese em que o autor pode prosseguir. No primeiro caso, a recompensa do autor original será entre 15% e 25% do proveito econômico obtido; no segundo, entre 25% e 30% (§ 3730(d)). A propósito, confiram-se as informações gerais sobre as *qui tam actions* em material disponibilizado pelo *Congressional Research Service* intitulado **Qui Tam: *The False Claims Act and Related Federal Statutes***, disponível em: https://sgp.fas.org/crs/misc/R40785.pdf, acesso em: 2 dez. 2023).

Contudo, não se encontram exemplos claros de sanções punitivas ao agente que atua em contrariedade aos interesses do principal. Para tanto, deve-se buscar no regime geral da repressão à improbidade processual, como o art. 80, III, do CPC, o art. 13 da Lei n. 4.717/1965, art. 17 da Lei n. 7.347/1985 e art. 87, parágrafo único, do CDC, as quais são disposições amplas o suficiente para englobar a quebra do dever de lealdade.

A "teoria da agência" se preocupa igualmente com os custos a serem incorridos pelo principal em monitorar e controlar o agente[43]. Esses são os chamados "custos de governança"[44] ou "custos de monitoramento"[45], que igualmente integram os custos de agência.

Para minimizar o risco de desalinhamento culposo de interesses entre principal e substituto é necessário que haja informação[46] a fim de reduzir recíprocas assimetrias entre agente e principal[47], de modo que: ***(i)*** o agente bem informado sobre os interesses do principal terá menos chances de agir culposamente contra eles; e ***(ii)*** quanto mais informado esteja o principal acerca da atuação do agente, melhores possibilidades terá de evitar condutas danosas ou até mesmo culposas[48].

A disponibilidade de um nível adequado de informação pode reduzir os problemas de agência *ex ante* e *ex post*[49]. No primeiro plano, impede-se a atuação de agentes não sufi-

---

41. Item 2.6.10, *supra*.
42. Tutor e curador (arts. 1.752 e 1.774, CC), inventariante dativo (art. 617, VII e VIII, CPC c.c. o art. 1.987, CC), administrador da massa falida (art. 24, Lei n. 11.101/2005), administrador de sociedade (art. 1.071, IV, CC e art. 152, Lei n. 6.404/1976) e mandatário (art. 676, CC).
43. Kathleen M. Eisenhardt, **Agency theory: an assessment and review**, *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 58, jan. 1989.
44. John Armour, Henry Hansmann e Reinier Kraakman, **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, trad. Mariana Pargendler, 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 83.
45. Michael C. Jensen e William H. Meckling, **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, *Journal of Financial Economics*, North-Holland Publishing Company, n. 3, p. 308, 1976.
46. Kathleen M. Eisenhardt, **Agency theory: an assessment and review**, *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 64, jan. 1989.
47. A assimetria informacional representa uma "falha de mercado", a qual acarreta diversos problemas e custos, reduzindo a eficiência alocativa de recursos (conforme recente e precisa síntese de Luiza Trani Mello Picanço, ***Análise econômica dos incentivos processuais executivos para a superação das crises de adimplemento das obrigações pecuniárias decorrentes de contratos privados***, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 74-75).
48. Thamires Antunes Schuster, Michelle Freitas e Antonielle Pagnussat, **Teoria da agência: história e aplicabilidade nas organizações nacionais**. disponível em: https://eventos.ajes.edu.br/eccajes/uploads/arquivos/5dd74636776e5_THAMIRES-MICHELLE-ANTONIELLE.pdf, acesso em: 15 nov. 2023.
49. John Armour, Henry Hansmann e Reinier Kraakman, **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, trad. Mariana Pargendler, 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 86-87.

cientemente qualificados. No segundo plano, permite-se que o principal aja diretamente para afastar os custos decorrentes da atuação do agente.

Transpondo-se essas ideias para o processo, pode-se pensar, no primeiro caso, no controle de representatividade adequada[50] ou na implementação de mecanismos para informar e colher informações sobre os reais interesses do principal[51]. No segundo caso, poder-se-ia pensar na hipótese de o principal assumir o processo iniciado pelo agente, quando for possível fazê-lo[52], ou destituí-lo. Todas essas medidas implicam custos de governança ou monitoramento.

O custo de governança ou monitoramento também se acha presente quando se determina a participação do principal ou se institui a vigilância do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. O processo se torna mais lento e complexo e, consequentemente, mais custoso.

É necessário, pois, ponderar os custos imputados ao principal e ao sistema de justiça em razão da atuação não vigiada do agente com os custos necessários à implementação dos meios de controle.

Em momento anterior deste trabalho[53], chegou-se à conclusão de que, em determinadas situações, mostra-se praticamente inviável instituir o melhor mecanismo de governança possível, que seria a integração do principal ao processo, seja porque o principal pode não ter condições práticas de defender seus próprios interesses, seja porque são numerosos ou não identificáveis os principais ou, por fim, seja porque sua integração ao processo pode gerar prejuízo inaceitável à duração do processo.

Justamente por essa razão que outra estratégia desponta cabível para minimizar o risco ao principal (ainda que aumentando o custo de agência): a prévia delimitação dos riscos passíveis de ser assumidos pelos agentes, mediante restrição aos seus poderes, cujo funcionamento depende fundamentalmente de uma autoridade externa (estatal ou não[54]). Esses são os chamados "custos regulatórios"[55], que também compõem os custos de agência.

Como se verá[56], o ordenamento processual civil estabelece uma série de limitações (absolutas ou relativas) ao agente, em especial quanto a atos de disposição do direito material tutelado. O substituto está impedido de praticá-los, ao passo que o representante legal se submete a um rígido controle (ratificação pelo Ministério Público e necessária

---

50. Vide itens 4.7.1 e 4.7.2, *infra*.
51. Vide item 4.6, *infra*.
52. Vide item 3.2.5 e 3.5.6, *infra*.
53. Vide item 3.5.6, *supra*.
54. KATHLEEN M. EISENHARDT, **Agency theory: an assessment and review**, *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 65, jan. 1989.
55. JOHN ARMOUR, HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, trad. Mariana Pargendler, 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 83.
56. Vide item 4.7.3, *infra*.

homologação judicial[57]). O representante voluntário ou orgânico submete-se a limitações convencionais.

Uma vez instituídas as limitações, a margem para soluções autocompositivas fica em maior ou menor grau reduzida, em contrariedade à norma fundamental do CPC (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º) e a todo o ideário de "justiça multiportas". Limitando-se a solução consensual e direcionando o processo para a solução adjudicada, impõem-se custos adicionais ao Poder Judiciário e às próprias partes. Esses são custos de agência.

Por fim, o problema de agência pode ser maior ou menor a depender: ***(i)*** da configuração da relação entre agente e principal; e ***(ii)*** do número de agentes aptos a atuar concorrentemente.

Quanto ao primeiro aspecto, MICHAEL C. JENSEN e WILLIAM H. MECKLING observam que os custos de agência tendem a ser menores em casos em que o agente é também um dos principais, desde que tenha participação relevante nos resultados a serem obtidos em favor dele e dos demais[58].

Projetando-se essa lógica para os fenômenos do processo, pode-se pensar que serão menores os custos de agência no caso de um acionista com participação relevante ajuizar, como substituto da companhia, ação de responsabilidade do controlador[59]. Da mesma forma, pode-se imaginar no coproprietário de uma fração ideal relevante de um imóvel ajuizando individualmente ação reivindicatória ou possessória. A probabilidade de colusão com o adversário para prejudicar o principal (companhia e demais coproprietários, respectivamente) ou de conduta negligente tende a ser menor do que se o acionista ou o coproprietário tiverem participações ínfimas.

Quanto ao segundo aspecto, JOHN ARMOUR, HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN[60] observam que, se houver vários agentes com interesses próprios e excludentes entre si, o custo de agência será agravado pelo "custo de coordenação".

---

57. A exigência de ratificação pode se apresentar como estratégia útil na redução do problema de agência, conforme observado por JOHN ARMOUR, HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, trad. Mariana Pargendler, 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 93.

58. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, *Journal of Financial Economics*. North-Holland Publishing Company, n. 3, p. 312-313, 1976.

59. Nesse sentido, o art. 246, § 1.º, 'a', da Lei n. 6.404/1976 atribui legitimidade ao acionista detentor de ao menos 5% para a ação social *ut singuli* de responsabilidade do controlador, ao passo que a alínea 'b' do mesmo dispositivo somente atribui legitimidade ativa a acionistas com participação inferior se prestar caução. O objetivo é reduzir o risco de demandas abusivas (ou *strike suits*). A propósito, confira-se GABRIEL SAAD KIK BUSCHINELLI e RAFAEL HELOU BRESCIANI, **Aspectos processuais da ação de responsabilidade do controlador por acionista titular de menos de 5% do capital social (art. 246, § 1.º, 'b', da Lei 6.404/76)**, FLÁVIO LUIZ YARSHELL e GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (coord.), *Processo societário II*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 254.

60. **Problemas de agência e estratégias jurídicas**, *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, trad. Mariana Pargendler 3. ed., São Paulo: Singular, 2018, p. 80.

Pensando-se na aplicação dessa ideia ao objeto deste trabalho, pode-se considerar o concurso entre diversos substitutos processuais que disputam entre si a primazia da atuação. Essa situação tem ocorrido com frequência em ações de responsabilidade de controladores de companhias abertas, em que os substitutos se apressam para propô-las com o intuito de garantir para si o prêmio previsto no art. 246, § 2.º, da Lei n. 6.404/1976. Quando vários acionistas agem concorrentemente, criam-se dificuldades quanto à reunião de processos e à ausência de alinhamento entre os substitutos, tornando a tramitação das ações de responsabilidade mais demorada e custosa[61].

4.4. Riscos para o principal em razão de condutas dolosas do agente (violação ao dever de lealdade)

4.4.1. *Considerações iniciais*

O interesse do representado é elemento central na relação representativa[62], de modo que agir em favor do principal equivale a agir no interesse desse.

Contudo, sempre que um sujeito age em favor do outro, existe o risco de priorizar dolosamente os seus próprios interesses ou interesses de terceiro, em detrimento do principal.

Economistas denominam esse fenômeno de "moral hazard"[63], ou "risco moral"[64].

José Oliveira Ascensão[65] refere-se ao "drama do representado", definindo-o como "uma decorrência da imperfeição humana", nos seguintes termos:

> O poder do representante tem a sua justificação na prossecução do interesse do representado. Mas a natureza humana leva a que o representante pense mais no

61. Inclui-se mais uma tormentosa questão, atinente a saber como repartir (se é que é possível repartir) o prêmio entre os diversos acionistas que aturam como substitutos da companhia, problema enfrentado por José Rogério Cruz e Tucci, **Questões polêmicas acerca da substituição processual do acionista**, Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.), *Processo societário IV*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 1224-1226.

62. Paolo Papanti-Pelletier, ***Rappresentanza e cooperazione rappresentativa***, Milano: Giuffrè, 1984, p. 68 ss.

63. Michael C. Jensen e William H. Meckling, **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**, *Journal of Financial Economics*, North-Holland Publishing Company, n. 3, p. 308, 1976.

64. Milton Barossi Filho, **O instituto inglês do *trust* e a assimetria de informação: um enfoque em *law economics* para o custo de agência**, Érica Gorga e Juliana Krueger Pela (coord.), *Estudos avançados de direito empresarial: contratos, direito societário e bancário*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 53.

65. **Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais**, *Estudos em homenagem ao Professor José Lebre de Freitas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 293-326.

> seu próprio interesse que no interesse do representado. Isso acontece em todos os setores: na representação política, como o demonstram os escândalos permanentes que a comunicação social vai nos revelando em todos os países; na representação empresarial, em que os representantes da maioria trabalham na preservação de suas posições e dos seus próprios interesses; em relações simples de representação, como as que os emigrantes estabelecem deixando suas terras confiadas a parentes ou amigos.

Em sentido similar, Enzo Roppo[66] ponderou o seguinte:

> [P]ode [...] acontecer que o representante não desempenhe fielmente a sua função, e que, em lugar de prosseguir, na sua actividade de contratação em nome do representado, no interesse exclusivo deste último, procure, pelo contrário, satisfazer os próprios interesses ou os interesses de terceiro, em prejuízo dos do representado.

A atuação intencional do agente para favorecer a si próprio ou terceiro em detrimento do principal denomina-se "conflito de interesses". No âmbito do processo, o fenômeno pode ser conotado por um elemento subjetivo ainda mais grave: o ajuste fraudulento para favorecer terceiro em detrimento do principal, a que se chama de "colusão". Os dois temas serão examinados adiante[67].

4.4.2. Caracterização do conflito de interesses em geral

Há referências esparsas na legislação sobre conflito de interesses entre principal e agente, como na celebração de negócios pelo representante (art. 119, CC) e para os atos praticados no exercício da representação legal extrajudicialmente (art. 1.692, CC), e em juízo (art. 72, I, CPC). O tema é amplamente examinado no Direito Societário, como adiante se falará, mas não há uma definição geral sobre o que se entende por conflito de interesses.

O jurista francês Pierre-François Cuif traz uma definição bastante objetiva para conflito de interesses, como "la situación en la cual los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes"[68]. O autor aponta[69] que o conceito foi cunhado no Direito inglês, a partir de um célebre precedente de 1896 ("Bray vs. Ford"), em que se reconheceu que pessoas sujeitas a deveres fiduciários (f"iduciary duties"), impostos pela equidade ("equity

---

66. *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2020, p. 116.
67. Tema a ser tratado no item 4.4, *infra*.
68. **El conflito de intereses: ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado**, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n. 12-13, p. 55, 2007.
69. Idem, p. 57.

law") deveriam se abster de criar situações em que esses deveres estão em contraposição aos seus interesses próprios. Adiante, o autor aponta as dificuldades de diferenciar o conflito de interesses do desvio de poder e do abuso do direito[70], reconhecendo que são ao menos fenômenos muito próximos, senão em grande parte coincidentes. O texto descreve as formas das quais se valem os ordenamentos jurídicos para solucionar conflitos de interesses[71]: *(i) prevenção*, mediante instituição de incompatibilidades legais (como aquela entre o exercício de função pública e o desempenho de atividades empresariais) ou separações funcionais entre diversos sujeitos dentro de uma organização; *(ii) neutralização*, mediante instituição de deveres de revelação (como é comum em caso de administradores de companhias); *(iii)* exigência de prévia *autorização* para realização de determinados atos, que, do contrário, seriam proibidos. Por fim, o texto trata de sanções ao conflito de interesses[72]: *(i)* remoção do sujeito que quebrar seu dever de lealdade; *(ii)* substituição do sujeito para algumas situações por um agente *ad hoc*; *(iii)* ressarcimento de danos; *(iv)* invalidação de atos, entre outros.

Contribuições interessantes também foram dadas pelo civilista chileno Ricardo Reveco Urzúa[73], que se dispôs a definir conflito de interesses como a situação em que a solução dos interesses de um sujeito implica o sacrifício do interesse de outro, por violação ao dever de lealdade e abuso de confiança[74]. O autor reconhece que o Direito não tem uma resposta única em face de todas as variadas situações em que o conflito de interesses se apresenta[75], mas que a responsabilidade pelos prejuízos constitui uma regra onipresente[76]. Apenas em alguns campos põe-se a proteção *ex ante*, vedando-se a prática de atos (como a autocontratação do representante e os impedimentos de atos dos pais, tutores e curadores quanto a bens dos filhos[77]) e *ex post* (mediante invalidação ou inoponibilidade de negócios jurídicos prejudiciais ao representado[78]).

Com base nessas premissas, pode-se diferenciar o conflito de interesses entre representante e representado (art. 119, CC) da vedação à autocontratação (art. 117, CC). No primeiro caso, a satisfação do interesse do representante enseja sacrifício ao interesse do representado. No segundo, pode haver benefício mútuo[79].

---

70. Idem, p. 74-77.
71. Idem, p. 81-87
72. Idem, p. 87-93.
73. **Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno.** *Iuris Dictio*, v. 7, n. 10, disponível em: https://doi.org/10.18272/iu.v7i10.66, acesso em: 3 dez. 2023.
74. Idem, p. 52.
75. Idem, p. 54.
76. Idem, p. 57.
77. Idem, ibidem.
78. Idem, p.62.
79. Uma outra fórmula para divisar os fenômenos é recolhida no verbete de Walter D'Avanzo, que diferencia o conflito de interesses direto (em que há dano ao representado) e indireto (em que há perigo de dano) (**Rappresentanza (diritto civile).** *Novissimo digesto italiano.* Torino: UTET, 1957, v. 14, p. 824).

Exemplo da primeira hipótese pode ser encontrado em interessante comentário de Emilio Betti à sentença proferida pela Corte de Cassação italiana em 1924[80]. O caso pode ser assim sintetizado: *(i)* Tício é mandatário de Mévio em virtude de uma procuração geral; *(ii)* Tício empresta dinheiro a Caio, que emite em seu favor uma *cambial*; *(iii)* Tício, presta aval em nome de Mévio em favor de Caio; *(iv)* Semprônio obtém o título cambiário e aciona Mévio com base no aval prestado em seu nome pelo mandatário Tício; *(v)* Mévio se defende, alegando a nulidade do aval[81].

Quanto ao segundo fenômeno, somente é vedada a autocontratação danosa, que é anulável[82] e, portanto, pode ser confirmada pelo representado (art. 173, CC). Houvesse vedação, seria caso de nulidade, em que o ato é insuscetível de confirmação (art. 169, CC).

No Direito Societário, particularmente no campo das sociedades por ações, o tema recebe mais atenção, até porque regulado de forma mais minuciosa pelos arts. 66, § 3.º, 'd' e 'e', 115, 147, § 3.º, II, 154, § 2.º, 'b', 156, 165, § 1.º, todos da Lei n. 6.404/1976, que tratam dos conflitos de interesses entre a companhia e diversos sujeitos que em torno dela gravitam, isto é, acionistas, administradores, conselheiros fiscais, agentes fiduciários na emissão de debêntures etc.[83]

A premissa do estudo do tema é o da existência de um "interesse social" – "este entendido como o interesse comum dos sócios"[84] – e do dever de que todos os sujeitos anteriormente referidos atuem em conformidade com ele.

Para caracterização do conflito de interesses, é necessário que o interesse do indivíduo (próprio ou de terceiros a ele relacionados[85]) esteja em posição "contraposta ou antagônica" com o interesse social, isto é, que sejam "mutuamente excludentes"[86]. Esse é o chamado

---

80. **Corte di Cassazione 26 aprile 1924,** *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano: Dottor Francesco Vallardi, v. 24, parte seconda, p. 20-35, 1926.

81. A Corte de Cassação acolheu a alegação de nulidade. Embora Betti reconheça haver conflito de interesse, discordou da possibilidade de alegação do vício em uma relação cambiária (Idem, ibidem).

82. Renan Lotufo, ***Código Civil comentado***, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 332. Contra, entendendo prescindível a demonstração de prejuízo, Eduardo Ribeiro de Oliveira, ***Comentários ao novo Código Civil***, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 2, p. 282-283.

83. Os raciocínios entabulados com base na sociedade por ações são frequentemente estendidos para as sociedades limitadas (vide, *v.g.*, Giovani Ribeiro e Uriel Wesley, **Abuso de voto e conflito de interesses em sociedades limitadas: novos e clássicos debates**, *Revista de Direito Privado*, v. 108, p. 77-92, abr./jun. 2021).

84. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ***Direito das companhias***, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 308.

85. Nelson Eizirik, ***Lei das S/A comentada***, 2. ed. rev. e ampl., 2 tir., São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 150.

86. "A expressão 'contraposta ou antagônica' é usada porque, caso exista a possibilidade de coexistência não danosa entre os dois interesses díspares, não há que se falar em conflito de interesses. O interesse distinto pode ser complementar, não excludente. O conflito nasce no momento em que os interesses

"conflito material de interesses", indubitavelmente vedado pela Lei n. 6.404/1976[87]. Esse fenômeno não se confunde com o chamado "conflito formal de interesses", em que o indivíduo age no seu interesse próprio, mas sem necessariamente prejudicar a companhia[88].

O tema é bastante controvertido, sobretudo no que concerne ao exercício do direito de voto pelo acionista, dividindo-se os autores entre: ***(i)*** aqueles que entendem que o conflito formal já seria suficiente para impedir o acionista de votar (à luz do art. 115, § 1.º, da Lei n. 6.404/1976[89]); e ***(ii)*** aqueles que reputam inviável proibir o voto no caso de conflito formal de modo que, apenas ulteriormente, se constatado prejuízo, seria possível cogitar a anulação da deliberação assemblear e o ressarcimento de danos (com base no art. 115, § 4.º, da Lei n. 6.404/1976[90]). A divergência decorre de visões distintas sobre o interesse social (sendo a primeira filiada à teoria institucionalista e a segunda, à teoria contratualista[91]) e reflete em sucessivas guinadas no entendimento da Comissão de Valores Mobiliários[92].

Interessa à presente obra o exame do conflito de interesses envolvendo o administrador, porquanto representante orgânico da companhia. Os três incisos do art. 155 da Lei

---

são mutuamente excludentes (ainda que em parte), em que um necessariamente prejudica o outro, e em que o acionista se volta para fora do círculo societário, no qual está intimamente ligado a seus pares e aos destinos do empreendimento comum" (Idem, ibidem).

87. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, **Conflito de interesses e benefício particular: uma distinção que se impõe definitivamente dirimir**, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 51, n. 161-162, p. 38-46, jan./ago. 2012.

88. Seria, por exemplo, o caso do administrador da sociedade contratar consigo mesmo, mas em condições vantajosas para ela (Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, **A disciplina do conflito de interesses na Lei de Sociedades Comerciais uruguaia e na Lei de Sociedades por Ações brasileira: uma comparação**, *Revista de Direito Empresarial*, v. 10, p. 4, jul./ago. 2015 [versão eletrônica].

89. Como Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, ***O poder de controle na sociedade anônima***, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 151-152; e Calixto Salomão Filho, ***O novo direito societário***, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 182-199.

90. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, **Conflito de interesses e benefício particular: uma distinção que se impõe definitivamente dirimir**, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 51, n. 161-162, p. 38-46, jan./ago. 2012; e Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ***Direito das companhias***, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 309.

91. Ruy Pereira Camilo, ***Direito societário e regulação econômica***, Barueri: Manole, 2018, p. 336.

92. Em 2002, a CVM mudou seu entendimento anteriormente consolidado, acolhendo a ideia de que o conflito de interesses que leva à proibição de voto é apenas o substancial (Erasmo Valladão Azevedo, Novaes França, **Conflito de interesses: formal ou substancial? Nova decisão da CVM sobre a questão**, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 56, n. 128, p. 225-262, out./dez. 2002). Em 2010, houve nova guinada, passando a CVM a considerar que para proibição de voto bastaria o conflito formal, mas em 2022 ocorreu nova mudança, retornando-se ao posicionamento anterior (Edgard Paiva de Carvalho Jr., **A mudança de entendimento da CVM sobre conflito de interesses (PAS CVM 19957,003175/2020-50)**, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 98, p. 285-293, out./dez. 2022).

n. 6.404/1976 são portadores de situações objetivas de conflito de interesses entre administrador e companhia[93], mas essas hipóteses não esgotam todas as possibilidades. De toda sorte, a maioria da doutrina reconhece que o conflito deve ser substancial[94].

Um tema recorrente é a contratação da companhia com o administrador ou parte a ele relacionada, em que não há vedação absoluta, mas exigência de que seja "em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros" (art. 156, § 1.º, Lei n. 6.404/1976). Restaria verificar se o administrador estaria obrigado a submeter previamente à assembleia a autocontratação ou se apenas *a posteriori* se analisaria a existência de prejuízo ou não[95]. Parece ser mais correta a segunda posição, o que se confirma pelo caráter anulável do negócio consigo mesmo (art. 156, § 2.º, Lei n. 6.404/1976), permitindo-se sua confirmação pela companhia (art. 173, CC[96]).

Essas considerações são suficientes para um panorama sobre o tema no plano material.

4.4.3. *Conflito de interesses entre representante e representado processual*

As situações de conflito de interesse entre representante e representado processuais são mais comuns no plano da representação legal, tanto que são referidas expressamente pelo art. 1.692 do CC e pelo art. 72, I, do CPC.

Vasculhando-se, com intuito meramente ilustrativo, os julgados dos tribunais, podem ser citados diversos exemplos: *(i)* ação de revisão de pensão movida por mãe de menor, visando ao recebimento de parte da pensão do falecido pai em razão do reconhecimento de união

---

93. Nelson Eizirik, ***Lei das S/A comentada***, 2. ed. rev. e ampl., 2 tir., São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 151.

94. Vide, *v.g.*, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ***Direito das companhias***, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 841-842.

95. Sérgio Ricardo Nutti Marangoni e João Leandro Pereira Chaves aludem à doutrina estadunidense que sugere a realização dos denominados *conflict tests*, a fim de aferir se determinada situação caracterizaria ou não um conflito de interesses, sobretudo quanto ao *self-dealing transaction* (contratação da companhia com empresa em que o administrador ou partes a ele relacionadas têm interesses). Para tanto, o método é casuístico e se baseia na comparação de determinada operação da companhia com outra hipotética ou com outras operações similares no mercado (**Algumas questões práticas decorrentes do conflito de interesses de administradores de sociedades anônimas de capital aberto**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 89, p. 69-94, jul./set. 2020). Contudo, são absolutamente proscritas operações de empréstimos entre instituição financeira e seus administradores (art. 43, Lei n. 4.595/1964 e arts. 15 e 25, Lei n. 7.492/1986).

96. Conforme sustenta Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, **Conflito de interesses e benefício particular: uma distinção que se impõe definitivamente dirimir**, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 51, n. 161-162, p. 38-46, jan./ago. 2012.

estável, prejudicando o direito do menor ao recebimento do valor integral[97]; *(ii)* curadora e curatelado concorrendo à herança[98]; e *(iii)* ação de cobrança de honorários movida pelo curador que atuou como advogado do curatelado[99]. Esses exemplos concernem a conflitos meramente patrimoniais, mas se pode cogitar excepcionalmente da esfera não patrimonial, como: *(i)* na demanda movida pela mãe para obtenção de internação psiquiátrica compulsória de filho[100]; e *(ii)* na hipótese de os pais ou o tutor negarem injustificadamente ao menor púbere, relativamente capaz, autorização para se casar, de modo a ensejar ação de suprimento de outorga (art. 1.519, CC).

Usando-se a terminologia cunhada pela doutrina comercialista, em todos esses casos há conflitos substanciais, pois a satisfação do interesse do representante exclui a satisfação do interesse do representado e vice-versa. Nesses casos, não há necessidade de demonstrar que o representante legal tenha a deliberada intenção de prejudicar o representado, mas o conflito se caracteriza pelo fato de representante e representado ocuparem posições antagônicas, em que o ganho de um gera perda para o outro e vice-versa[101]. Em todos esses casos, não há dúvida sobre a solução a ser dada para contornar o conflito: o art. 72, I, do CPC exige que o juiz nomeie curador especial para atuar como representante processual do representado no específico processo em que os interesses são contrapostos.

Conflitos de interesses podem igualmente existir nas demais modalidades de representação, como nos seguintes casos igualmente localizados em banco de dados jurisprudencial: *(i)* em ações movidas pelo condomínio edilício, seja quanto a unidades condominiais pertencentes ao síndico[102], seja quanto a litígio envolvendo contrato de prestação de serviços de síndico profissional[103], não pode o condomínio ser representado processualmente pelo

97. Exemplo extraído do seguinte julgado do STJ: REsp n. 1.342.152/SC, 1.ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 12.09.2017, *DJe* 21.09.2017.

98. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 0223886-64.2011.8.26.0000, 6.ª Câmara de Direito Privado, Foro de São José do Rio Preto – 2.ª Vara de Família e Sucessões, Rel. Percival Nogueira, j. 11.04.2013, data de registro 12.04.2013.

99. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Apelação Cível n. 1018612-27.2014.8.26.0309, 34.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Jundiaí – 3.ª Vara Cível, Rel. Nestor Duarte, j. 01.11.2018, data de registro 01.11.2018.

100. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Apelação/Remessa Necessária n. 0000739-23.2015.8.26.0268, 11.ª Câmara de Direito Público, Foro de Itapecerica da Serra – 3.ª Vara, Rel. Jarbas Gomes, j. 09.05.2017, data de registro 10.05.2017.

101. Milton Paulo de Carvalho Filho, **Comentário ao art. 1.692**, Cezar Peluso (org.), *Código Civil comentado*, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Manole, 2017, p. 1842.

102. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Apelação Cível n. 1033976-40.2021.8.26. 33.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 32.ª Vara Cível, 0100, Rel. Luiz Eurico, j. 09.08.2022, data de registro 09.08.2022.

103. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 2038762-32.2015.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Campinas – 5.ª Vara Cível, Rel. Piva Rodrigues, j. 26.06.2015, data de registro 27.06.2015.

próprio síndico; *(ii)* em ação de usucapião movida por administrador da massa falida quanto a imóvel que confronta com imóvel pertencente à massa falida, esta não pode ser citada na pessoa do próprio administrador e por ele representada processualmente[104]; *(iii)* em ações movidas por filha contra pai, sobrevindo o falecimento deste e sua sucessão pelo respectivo espólio, não pode este ser representado pela própria filha, que assumiu a inventariança[105]; *(iv)* quotista não pode representar a sociedade limitada no recebimento de citação em ação movida por outra sociedade da qual o próprio quotista é controlador[106]; e *(v)* em ação movida por uma sociedade contra outra, as quais têm um administrador em comum, não se pode exigir que o administrador da primeira, que é seu representante orgânico no processo, também atue como representante orgânico da segunda[107].

Em todos esses casos, há igualmente conflitos substanciais, em que a satisfação do interesse do representante gera sacrifício do interesse do representado e vice-versa, ainda que nos últimos dois exemplos existam sujeitos interpostos. As formas de lidar com esses conflitos de interesses serão objeto de oportuno exame[108].

Antes, porém, impõe-se necessário examinar situações de conflito de interesses entre substituto e substituído, que têm contornos em parte similares e em parte díspares.

4.4.4. *Conflito de interesses entre substituto e substituído processual*

Anteriormente[109], viu-se que o substituto age movido por interesses próprios e que, por meio do exercício de sua legitimidade extraordinária, realiza interesses do substituído.

Em princípio, essa situação indicaria que na substituição processual há pleno alinhamento de interesses entre substituto e substituído[110], isto é: *(i)* o MP age sempre

---

104. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 2273684-71.2022.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Bauru – 7.ª Vara Cível, Rel. César Peixoto, j. 23.03.2023, data de registro 23.03.2023.

105. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 2296753-35.2022.8.26.0000, 8.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 8.ª Vara da Família e Sucessões, Rel. Alexandre Coelho, j. 16.08.2023, data de registro 17.08.2023.

106. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 2152520-23.2014.8.26.0000, 1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Ourinhos – 2.ª Vara Cível, Rel. Claudio Godoy, j. 25.03.2015, data de registro 28.03.2015.

107. Exemplo extraído do seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento n. 50.2022.8.26.0000, 31.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Jundiaí – 5.ª Vara Cível, Rel. Rosangela Telles, j. 18.05.2022, data de registro 18.05.2022.

108. Item 4.4.3 e 4.4.4, *infra*.

109. Item 2.6.9, *infra*.

110. Celso Neves pontuou que "[o] interesse do substituto que autoriza a substituição há de ser coincidente com o interesse do substituído e suscetível de realizar-se mediante a ação direta que a ele

na realização do interesse do incapaz, de modo a fazer prevalecer seu interesse constitucional de defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF); *(ii)* o ente de classe atua necessariamente para obter benefício ao membro de sua categoria, pois assim realiza seus objetivos estatutários; *(iii)* o titular de relação jurídica conexa em situação de prejudicialidade-dependência age para defesa de direito pertencente ao titular da relação jurídica principal, pois, assim, obterá benefício indireto; *(iv)* o cotitular de relação jurídica incindível dotado de colegitimidade individual atua para defesa do interesse comum, que também lhe pertence; e *(v)* o legitimado coletivo age em benefício da coletividade ou grupo, cuja defesa constitui seu interesse público, social ou institucional[111].

Nessa medida, o substituto não pode satisfazer interesse jurídico próprio em detrimento do substituído, seja porque em parte dos casos ele somente atua em função do interesse do substituído (substitutos altruístas, em situação em tudo análoga à representação[112]), seja porque, em parte dos casos, há um quase inexorável alinhamento entre interesses jurídicos do substituto e do substituído[113].

Nesse passo, não há como imaginar que o Ministério Público, típico substituto processual altruísta, tenha um interesse próprio a ser satisfeito e que seja mutuamente excludente com o do substituído. Quando muito, pode haver um conflito de interesses que envolva pessoalmente o representante do Ministério Público (em violação ao dever de lealdade à instituição à qual pertence), hipótese em que a solução é simples: o reconhecimento de seu impedimento ou suspeição e sua substituição por outro membro da instituição[114].

Raciocínio similar pode ser desenvolvido com relação ao ente de classe. Como substituto processual altruísta, não poderá ter interesses colidentes com os do substituído. *Ad extremum*, pode-se cogitar que a atuação da instituição seja indevidamente capturada e sua função desviada por representantes orgânicos em violação ao dever de lealdade ao próprio

---

caiba" (**Legitimação processual e a nova Constituição**. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 56, p. 4, out./dez. 1989 [versão eletrônica]). Já Ephraim de Campos Jr. destaca que, embora o substituto tenha um interesse, o que ele persegue é o direito do substituído (***Substituição processual***, São Paulo: RT, 1985, p. 28). Cândido Rangel Dinamarco considera que "o legislador presume que aquilo que será bom e útil ao substituto, será também para o substituído" (**Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais**, *Processo civil empresarial*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 612).

111. As discussões terminológicas foram reputadas irrelevantes no item 2.6.2 e 2.6.3, *supra*.

112. Item 2.6.9 e 2.6.10, *supra*.

113. Item 2.6.10, *supra*.

114. O representante do Ministério Público se sujeita às mesmas causas de impedimento e suspeição aplicáveis ao juiz (art. 148, I, CPC), entre as quais "ser interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes" (art. 145, IV, CPC). Acolhida a alegação, cabe ao chefe de cada ramo do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas competências, designar substituto (arts. 49, XV, 'c', 91, XIV, 'c', 124, XIII, 'c', 159, XIII, 'c', da Lei Complementar n. 75/1993 e art. 10, IX, 'f', da Lei n. 8.625/1993).

ente, que passaria a agir em desvio do interesse do substituído. Nesse caso, faltará ao substituto processual representatividade adequada, tema a ser desenvolvido adiante[115].

Para além do campo dos substitutos processuais altruístas e passando às hipóteses de substitutos egoístas, deve-se destacar que há autores que afirmam que o substituto pode agir para realização do seu interesse *contra* o interesse do substituído[116].

Para entender essa intrigante afirmação, deve-se de início deixar de lado a situação em que o substituído é omisso no exercício de sua legitimidade e o substituto decide agir, valendo-se de sua legitimidade extraordinária. Nesse caso, o substituto não necessita de autorização ou consentimento do substituído[117], assim como diversos representantes igualmente não precisam de prévio consentimento para atuarem em juízo se já receberam (legal, judicial ou convencionalmente) poderes para tanto[118]. Contudo, isso não significa que o substituto esteja agindo contra o interesse jurídico do substituído. Nesse ponto, mostra-se muito mais precisa a fórmula de EDOARDO GARBAGNATI[119], segundo a qual o substituto em regra age *independentemente* do substituído (e não propriamente *contra* ele).

Pode ocorrer que o substituído não tenha interesse simples (de fato) em realizar o seu interesse jurídico por meio da substituição processual, sem que com isso se enxergue aí uma conduta ilícita, por exemplo: ***(i)*** o armador do navio não quer que o capitão do navio arreste as mercadorias pertencentes a parceiro comercial de longa data, embora tivesse direito a tal medida; ***(ii)*** o membro da categoria profissional não quer que o sindicato aja como substituto processual em ação contra o empregador para não prejudicar sua boa relação, ainda que tenha direitos a serem reclamados em juízo; ***(iii)*** o menor não deseja que o Ministério Público ajuíze execução de alimentos (sobretudo com pedido de prisão civil),

---

115. Item 4.7.2, *infra*.

116. WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. afirma, sem maiores explicações, que o substituto pode agir contra os interesses do substituído (***Substituição processual***, São Paulo: RT, 1971, p. 132). De maneira similar, PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI afirma que o substituto age independentemente (e até contra) a vontade do substituído (***Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual***, Tese (Doutorado), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 60).

117. Em apenas dois casos, conforme já observado (item 1.5.7, *supra*), o substituto somente poderá ajuizar a demanda depois de escoado prazo para o substituído a fazê-lo (art. 3.º da Lei n. 12.016/2009 e art. 159, § 4.º, da Lei n. 6.404/1976).

118. Os pais podem ajuizar ação em nome dos filhos independentemente de qualquer providência prévia, mas tutores somente podem fazê-lo mediante autorização judicial (art. 1.748, V, CC) e oitiva do tutelado com mais de 12 anos (art. 1.740, III, CC). O curador também depende de autorização judicial (art. 1.748, V, c.c. os arts. 1.774 e 1.781, CC). O contrato ou estatuto social da pessoa jurídica pode exigir que o administrador consulte os sócios, quotistas ou associados antes de agir em juízo ou não. O contrato de mandato pode igualmente atribuir poderes para o mandatário ajuizar diretamente ação em nome do mandante ou não. O inventariante (art. 618, I, CPC) e o administrador da falência (art. 22, III, 'n', Lei n. 11.101/2005), embora o gasto com honorários advocatícios deva ser previamente aprovado.

119. ***La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile***, Milano: Giuffrè, 1942, p. 210.

pois receia prejudicar os laços com os familiares executados; *(iv)* a companhia pode entender inconveniente ajuizar ação de responsabilidade contra administradores para pedir uma indenização economicamente irrelevante, pois isso pode prejudicar sua imagem no mercado e afetar seu *rating*; *(v)* o condomínio edilício não quer cobrar de um condômino antissocial multa efetivamente aplicada e devida pelo receio de retaliações aos demais condôminos e funcionários; e *(vi)* o coproprietário ou copossuidor de bem ocupado por terceiro pode, por razões humanitárias, não pretender desalojar quem nele se encontra, embora tivesse direito a tal providência.

O conflito entre o interesse jurídico do substituto e o interesse de fato do substituído resolver-se-á à luz da disponibilidade do direito[120]: Se disponível o direito do substituído e houver ato válido de disposição, o substituto estará de mãos atadas e nada poderá fazer[121]; do contrário, o substituto poderá agir contra os interesses simples (de fato) do substituto para realização do seu interesse jurídico indisponível.

Resgatando-se os mesmos exemplos antes referidos, enquadram-se na primeira categoria os seguintes: *(i)* o armador do navio pode renunciar ao direito de cobrar o frete ou celebrar transação com o devedor; *(ii)* o membro da categoria profissional pode, em juízo[122],

---

120. Adiante (item 4.7.3, *infra*) se verá que não há apenas duas categorias: direitos disponíveis e indisponíveis, mas graus de disponibilidade.

121. Ephraim de Campos Jr. destaca o caráter acessório e instrumental da substituição, de modo que a extinção do direito do substituído gera extinção do direito do substituto (***Substituição processual***, São Paulo: RT, 1985, p. 28).

122. O acordo extrajudicial entre empregador e empregado é, em princípio, válido, exceto quanto a cláusula de quitação do segundo ao primeiro quanto a parcelas não pagas (art. 477, § 2.º, CLT e Súmula n. 330, TST). A cláusula de quitação somente se torna oponível ao empregado se o acordo extrajudicial se submeter à homologação em Câmara de Conciliação Prévia (arts. 625-A a 625-H, CLT) ou homologação judicial, por meio do procedimento de jurisdição voluntária instituído pelos arts. 855-B a E, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017. A homologação é considerada "faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança" (Súmula n. 418 do TST). Embora a redação do enunciado cause certa perplexidade (ao usar a vaga expressão "faculdade"), reconhece-se que o juiz do trabalho tem poderes para analisar a validade da manifestação de vontade, quebra de normas de ordem pública, colusão e, principalmente, cláusulas abusivas e francamente desvantajosas à parte hipossuficiente, conforme observam Antônio Umberto de Souza Jr., Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto: "[c]umprirá verificar as circunstâncias do negócio jurídico entabulado e, em especial, ter certeza da ausência de qualquer vício de vontade na manifestação dos transatores – em especial da pessoa mais frágil naquele instante. Afinal, se a fragilidade é um dado sociológico inerente à generalidade dos empregados, ela estará sensivelmente agravada no momento imediatamente à dispensa, pois a incerteza do futuro, o medo do ócio involuntário e as necessidades materiais prementes podem formar um campo fértil para a prática de abusos patronais, com ofertas de quitação rescisória que sejam ruinosas para o trabalhador. A presença do estado de perigo, da lesão, da coação ou até mesmo da simulação (viabilizada por qualquer dos vícios anteriores) deve ser afastada no exame do pedido de homologação" (***A reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n.º 13.467/2017***, São Paulo: Rideel, 2017, p. 448). Assim, havendo acordo entre o substituído e seu

transacionar[123] sobre o direito reclamado judicialmente pelo sindicato; ***(iii)*** a assembleia do condomínio edilício pode deliberar soberanamente pela anistia da multa ou pela aceitação de uma transação; e ***(iv)*** a maioria dos coproprietários, no condomínio *pro indiviso*, pode decidir dar posse, uso ou gozo do bem[124].

Contudo, em determinados casos, o direito não é disponível por parte do substituído: ***(i)*** o direito do incapaz a alimentos é irrenunciável[125]; e ***(ii)*** a companhia não pode deixar de perseguir ressarcimento por danos causados por administradores e controladores[126].

---

empregador, e submetido à homologação judicial no processo movido pelo sindicato, como substituto, poderá este exortar o juiz a não homologar o acordo com base nos fundamentos aqui referidos.

123. Segundo Homero Batista Mateus da Silva, o Direito do Trabalho tem como princípio a irrenunciabilidade, que constitui um meio-termo entre a autonomia e a indisponibilidade (***Curso de direito do trabalho aplicado***, 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 270-271). Por isso, se por um lado a conciliação (que leva, se frutífera, à autocomposição) tem um papel importante na Justiça do Trabalho (arts. 764, 846 e 850, CLT), mas a renúncia à pretensão (art. 487, III, 'c', CPC) é "repudiada" (Manoel Antonio Teixeira Filho, ***O processo do trabalho sob a perspectiva do Código de Processo Civil***, 4. ed., São Paulo, LTr, 2022, p. 725).

124. Art. 1.314, parágrafo único, e 1.323, CC.

125. Contudo, isso não exclui a possibilidade de o incapaz celebrar autocomposição, desde que com concordância do Ministério Público e homologação judicial, assegurando-se que essa é a melhor solução. Júlio Camargo de Azevedo pondera que "[a] fragilidade social ostentada por sujeitos vulneráveis não necessariamente impede que seus conflitos sejam solucionados pela via consensual" (***Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental***, Belo Horizonte: CEI, 2021, p. 165). A matéria é mais amplamente tratada no tocante ao direito a alimentos, em que, apesar da irrenunciabilidade quanto a verbas futuras (Rolf Madaleno, ***Direito de família***, 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 924), é admissível a autocomposição, seja para fixar um valor (ainda que inferior ao originalmente pretendido) seja quanto a parcelas atrasadas. Em recente julgado sob segredo de justiça, mas divulgado em informativo (disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29082023-Renuncia-parcial-de-alimentos-nao-justifica--por-si-so--nomeacao-de-curador-especial-para-crianca.aspx, acesso em: 2 dez. 2023), a 4.ª Turma do STJ, sob relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira, considerou válida transação efetivada pela mãe de menor quanto a pensões vencidas (recebendo-se R$ 2.000,00, no lugar da dívida original de R$ 3.000,00), e com restabelecimento dos pagamentos regulares a partir de então. Concluiu-se que "os genitores, ao transacionarem quanto às parcelas vencidas dos alimentos, decidiram nos limites de sua atuação como representantes legais, não havendo notícia de prejuízo material ao menor, concluiu o ministro ao restabelecer a sentença que julgou extinta a execução".

126. A ação social *ut singuli* constitui direito essencial do acionista, não passível de supressão pelo princípio majoritário (art. 109, Lei n. 6.404/1976), conforme Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven, ***Tratado de direito comercial***, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2018, v. 3, p. 483-484. Contudo, isso não exclui a possibilidade de a companhia celebrar autocomposição com administradores e controladores, em condições vantajosas, desde que tomados todos os cuidados necessários para demonstrar que o interesse social está preservado, em especial deliberação assemblear.

Assim, no primeiro grupo de casos, o substituído pode bloquear a atuação do substituto, mediante ato de disposição do direito material[127]. Por sua vez, no segundo grupo de casos, é perfeitamente possível falar em atuação do substituto contra o interesse do substituído.

Deve-se ainda considerar que, em todos os casos suprarreferidos, o substituído pode simplesmente entender que não há direito a ser reclamado e que eventual demanda ajuizada a respeito, no exercício de legitimidade ordinária, seria temerária e ensejaria custos desnecessários. Nesses casos, não haveria sentido o substituído impedir a ação do substituto, a quem competiria arcar com os custos da demanda que antecipadamente se vislumbram de alto risco.

4.4.5. Colusão entre agente e adversário do principal

A violação ao dever de lealdade por parte do agente pode assumir contornos mais graves, quando este pratica colusão, assim entendida como o arranjo bilateral ilícito com o objetivo de prejudicar pessoa estranha aos coludentes[128].

A colusão, conotada por dolo bilateral, diferencia-se do dolo unilateral de uma parte em relação a outra, embora ambos os fenômenos sejam referidos no art. 966, III, do CPC como causa para ajuizamento de ação rescisória.

Segundo Barbosa Moreira[129], o processo em colusão comporta duas categorias: *(i)* "processo simulado", no qual "as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros"; e *(ii)* o "processo fraudulento", em que "o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do

---

127. Não há dúvida de que o substituto processual pode desistir da ação que moveu (vide, por todos, José Rogério Cruz e Tucci, ***Desistência da ação***, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 10). Contudo, no âmbito do processo trabalhista, discute-se se o empregado, substituído processualmente, poderia desistir da ação movida pelo sindicato, na condição de substituto. Prevalece a resposta negativa (Waldyr Arnaldo Lessnau Perini, **Substituição processual: a desistência da ação pelos substituídos**, *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 57, n. 7, p. 849-853, jul. 1993; Anemar Pereira Amaral, **A desistência, a transação e a renúncia em face da substituição processual trabalhista**, *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 58, n. 2, p. 184-189, fev. 1994; Ben-Hur Silveira Claus, ***Substituição processual trabalhista***, São Paulo: LTr, 2003, p. 127; Adriana Campos de Souza Freire Pimenta, ***Substituição processual sindical***. São Paulo: LTr, 2011, p. 114). De fato, parece correto esse entendimento não apenas para o Direito Laboral. Afinal, o direito de ação é exercido pelo substituto, e não pelo substituído, é evidente que a desistência somente caberia ao seu titular. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed., São Paulo: RT, 2021, v. 8, p. 63.

128. Pontes de Miranda, ***Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões***, atualizado por Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: RT, 2016, p. 294.

129. ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 14. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 126-127.

processo justamente porque ele se lhes apresenta como o único meio utilizável para atingir um fim vedado pela lei".

O processo simulado seria, portanto, aquele em que não há efetivo litígio[130], por exemplo, a "execução de contrato falso, com o propósito de aparentemente transferir bem da esfera patrimonial do falso devedor para o falso credor, de modo a impedir que os verdadeiros credores tenham acesso àquele patrimônio" ou "a falsa demanda de divórcio, com propósito de frustrar credores mediante subtração de bens do patrimônio do cônjuge que possui responsabilidade patrimonial"[131].

O processo fraudulento seria aquele em que as partes pretendem uma decisão que seja contrária ao Direito, por exemplo, marido e mulher querem anular o casamento, com base em vício que não existe[132] ou ação de investigação de paternidade "com o objetivo de garantir a falso filho o recebimento ilegal de pensão previdenciária"[133].

Não se exige que o arranjo espúrio necessariamente beneficie ambos os coludentes[134], mas sim que tenha por objetivo um resultado ilícito[135], em prejuízo de terceiro.

O fenômeno costuma ser estudado sob a perspectiva do arranjo espúrio entre autor e réu para lesar terceiro[136]. Contudo, a colusão pode ser realizada entre algumas das partes do processo para prejudicar as demais partes[137] ou, para o que aqui interessa, entre o agente e o litigante adversário, em detrimento do principal, seja o representado[138] seja o substituído.

O processo simulado pressuporia poderes passíveis de ser exercitados no plano do direito material, por exemplo, para celebração de contratos. Pode-se imaginar o representante legal forjando um contrato, a ensejar ação judicial contra o incapaz, para desfalcar seu patrimônio em favor de terceiro. Seria difícil conceber o processo simulado envolvendo o substituto processual, que em princípio recebe do ordenamento apenas poderes para agir em juízo.

Por seu turno, o processo fraudulento pode ocorrer por conchavo entre representante ou substituto com o adversário do representado ou substituído. O cenário mais evidente seria o agente

---

130. Rodrigo Barioni, *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo: RT, 2010, p. 91.

131. Lucas Buril de Macêdo, *Litigância de má-fé*, São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 281-282.

132. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 398.

133. Alexandre Freitas Câmara, *O novo processo civil brasileiro*, 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2018, p. 472.

134. Araken de Assis, *Ação rescisória*, São Paulo: RT, 2022, p. 196.

135. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, v. 5, p. 420.

136. Fabiano Carvalho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2022, v. 21, p. 312-313; Lucas Buril de Macêdo, *Litigância de má-fé*, São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 281.

137. Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, atualizado por Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: RT, 2016, p. 295.

138. Situação considerada por Sérgio Rizzi, *Ação rescisória*, São Paulo: RT, 1979, p. 98.

alinhar-se ao litigante adversário para que a ação movida pelo primeiro seja julgada improcedente para beneficiar o segundo e, assim, prejudicar o principal. A farsa pode envolver, por exemplo, *(i)* o representante legal do incapaz autor e o réu; *(ii)* o inventariante ou o administrador falimentar e o adversário do espólio ou da massa falida, respectivamente; *(iii)* acionista minoritário autor e o controlador réu de ação de responsabilidade *ut singuli*[139]; e *(iv)* autor e réu da ação coletiva[140].

Adiante, examinar-se-á quais são os mecanismos destinados a proteger o principal da colusão realizada pelo agente. Importa, antes disso, examinar o risco para o principal decorrente da quebra do dever de diligência.

4.5. Riscos para o principal em razão de condutas culposas do agente (violação ao dever de diligência)

O *agere iudiciali iure pro alio* também pode se desenvolver em detrimento do interesse do principal de forma culposa.

Há risco de o agente: *(i)* ajuizar ação desprovido de informações adequadas sobre os reais interesses do principal (representado[141] ou substituído[142]); *(ii)* deixar de produzir provas na defesa do interesse do principal, sobretudo por desconhecê-las; *(iii)* agir negligentemente na condução do processo; *(iv)* não adotar as melhores estratégias na defesa do direito do

---

139. Marcelo Vieira von Adamek, ignorando esse aspecto, afirma haver presunção absoluta de que o acionista age no interesse da companhia (***Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas***, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372).

140. A gravidade do ilícito do uso simulado ou fraudulento da Justiça justifica que até mesmo o representado voluntário e o orgânico escolhido voluntariamente invoquem a colusão com o adversário, não se aplicando a *culpa in eligendo* ou a teoria do risco criado (item 4.8.4, *supra*).

141. À guisa de ilustração, convém pensar nos seguintes exemplos no plano da representação legal, orgânica e voluntária: *(i)* tutor que ajuíza ação de alimentos avoengos contra avós desprovidos de recursos, deixando de fora os avós que teria melhor capacidade econômica; *(ii)* administrador da companhia ou inventariante, que decide ajuizar demanda de maneira temerária, recusando solução amigável que traria maiores e mais rápidos benefícios; e *(iii)* mandatário que ajuíza ação contra parceiro estratégico do mandante, prejudicando esses laços.

142. Pensem-se nas seguintes situações que se espraiam sobre todos os campos de substituição processual definidos no itens 1.5.7, *supra*: *(i)* o Ministério Público ajuíza ação de alimentos avoengos, com pedido de prisão civil, como substituto do menor impúbere, prejudicando os laços afetivos do incapaz com os avós; *(ii)* sindicato que ajuíza ações como substituto de empregado, levando a um desgaste em sua relação com o empregador; *(iii)* acionista que ajuíza ação social *ut singuli* de responsabilidade de controlador ou de anulação de deliberação assemblear, ignorando os efeitos que tais processos podem ter sobre o *rating* da companhia; *(iv)* terceiro que ajuíza ação de consignação em pagamento para extinguir dívida oriunda de contrato inválido, que o devedor teria interesse em ver declarado nulo ou anulado; e *(v)* associação que ajuíza ação coletiva ambiental pedindo a demolição de empreendimento a qual causaria mais danos ao meio ambiente que sua manutenção.

principal; e, por fim, *(v)* não ostentar condições técnicas ou econômicas adequadas para defesa do principal.

Quanto ao primeiro e ao segundo riscos, eles são até certo ponto contornáveis por providências anteriores ao início da atuação do agente, mediante comunicação com o principal (quando isso materialmente for possível) ou por instrumentos que permitam a obtenção de informações e provas não disponíveis originalmente ao agente (em especial por meio da produção antecipada de provas). Esses são os mecanismos de proteção pré-processuais a serem examinados adiante[143], e que são úteis até mesmo para reduzir o risco de condutas dolosas.

A condução negligente do processo é tema pouco tratado, seja na doutrina do direito substancial, seja na doutrina do direito processual, exceto quando se examina o teor de um dispositivo legal, qual seja, o art. 123, I, do CPC/2015 (equivalente ao art. 55, I, do CPC/1973). Referido dispositivo permite que o assistente simples possa se livrar da (polêmica) vinculação à "justiça da decisão" proferida contra o assistido, quando demonstrar que, "pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença". Fala-se, pois, de "exceptio male judicati processus", que no Direito brasileiro tem expressão na assistência simples[144] e, no Direito italiano, na *opposizione di terzo*[145]. Entende-se que a negligência se caracterizará sobretudo em razão da omissão na prática de atos processuais, postulatórios e probatórios. De todo modo, há diversos mecanismos preventivos e repressivos contra esse risco, a serem tratados adiante[146].

No tocante ao quarto risco (adoção de estratégia errônea e ruinosa), há mais dificuldade de caracterização da conduta como culposa.

As regras do Direito Societário e do Direito Administrativo são as mais avançadas e detalhadas e podem ser adotadas como paradigma para uma reflexão, ainda que breve, a respeito dessa última questão.

---

143. Vide item 4.6, *infra*.

144. Expressão usada por Moacyr Lobo da Costa, ainda ao tempo do CPC/1939 (***Assistência (processo civil brasileiro)***, São Paulo: Saraiva, 1968, p. 197), reconhecendo a inspiração no Direito alemão (§ 68, ZPO) e no Direito português (art. 341 do CPC/1961, equivalente ao art. 332 do CPC/2013).

145. Trata-se de instituto sem paralelo no Direito brasileiro e que constitui um misto de recurso de terceiro prejudicado, ação rescisória pelo terceiro e embargos de terceiro, permitindo que o terceiro se desvencilhe de sentença proferida *inter alios*, entre outros fundamentos em razão da colusão e da demonstração da "injustiça da sentença", o que "corresponde, por fim, exatamente à chamada *exceptio mali processus*" (Enrico Tullio Liebman, ***Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*** **(com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 81.

146. Item 4.7, *infra*.

Quanto às sociedades por ações, reconhece-se que o art. 153 da Lei n. 6.404/1976 é uma cláusula geral[147], que impõe parâmetros para aferição de condutas diligentes[148]. Nesse sentido, tem sido intensamente estudada, com inspiração na jurisprudência estadunidense, a "business judgement rule", segundo a qual serão lícitas as decisões de administradores de sociedades que tenham sido tomadas de forma "desinteressada, independente, informada e de boa-fé"[149].

No plano do direito administrativo, há movimento similar, sobretudo em razão do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei n. 13.655/2018. Esse dispositivo prevê que a análise da legalidade dos atos do agente público deverá considerar "as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo". De forma similar, o art. 28 da mesma lei passou a prever a responsabilidade do agente apenas se houver "dolo ou erro grosseiro". Segundo Carlos Ari Sundfeld, o primeiro dispositivo traz "a realidade para dentro dos jogos de aplicação da lei"[150], ao passo que o segundo, "ao proteger o gestor público, contrapõe-se à noção persecutória de que toda falha na aplicação da lei, além de ser corrigida, terá que também gerar punições a seu autor"[151].

Pode-se pensar na extensão dessas lições às demais hipóteses de atuação do agente, que não será ilícita se for de boa-fé e tiver se valido das informações e recursos disponíveis. De toda sorte, esse risco pode ser imunizado, em linhas gerais, pelos mesmos mecanismos aplicáveis às demais condutas culposas, a serem adiante examinados.

Por fim, o despreparo técnico ou econômico do agente pode ser causa para que se reconheça não ser ele um representante adequado, tema a ser enfrentado no item 4.7, *infra*.

---

147. Marcelo Vieira von Adamek, ***Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas***, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

148. O dever de diligência está previsto de forma mais fluida no art. 153 da Lei n. 6.404/1976 (Ana Frazão, **Comentário ao art. 153**, Fábio Ulhoa Coelho (coord.), *Lei das Sociedades Anônimas comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 881), que leva em consideração diversas variáveis no caso concreto, tais como: "***(i)*** o tipo de atividade exercida pela companhia, bem como sua dimensão e importância; ***(ii)*** os recursos disponíveis aos administradores; ***(iii)*** o momento e as circunstâncias que envolveram a tomada de decisão" (Marcelo Vieira von Adamek, ***Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas***, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125).

149. Roberta Nioac Prado e Fábio Villares de Oliveira, **Investimento na acepção econômica e o dever legal de diligência dos administradores na tomada de decisão empresarial de investimento**, Maria Lúcia L. M Padua Lima (coord.), *Direito e economia: 30 anos de Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201). A respeito, confira-se ainda Marcelo Godke Veiga, ***A regra da decisão negocial (business judgment rule) e sua aplicação no direito brasileiro***, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2022, *passim*. e Roberta Marques de Moraes Tucci, ***Business judgment rule no direito brasileiro***. Dissertação (Mestrado), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, *passim*.

150. ***Direito administrativo:* o novo olhar da LINDB**, Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 44.

151. Idem, p. 54.

4.6. Meios de proteção pré-processuais

Os riscos ao principal são em alguma medida contornáveis por providências anteriores ao início da atuação processual do agente.

De início, pode-se pensar na prévia comunicação entre agente e principal, de modo a permitir que o primeiro compreenda quais os reais interesses simples (de fato) do segundo, o que reduziria significativamente a assimetria informacional e, portanto, minimizaria o problema de agência, tanto na representação quanto na substituição processual.

No caso da representação legal por tutores ou curadores, esse cuidado seria desnecessário, porquanto se exige autorização judicial para ajuizar ação em nome do tutelado ou curatelado, respectivamente (arts. 1.747, V, 1.774 e 1.781, CC). Haveria oportunidade para prévia análise da necessidade e conveniência da medida e para definir seus contornos objetivos e subjetivo. Entretanto, não há exigência de prévia autorização para que tutor e curador ajam judicialmente na defesa do tutelado e do curatelado quando demandados.

Esse mesmo cuidado seria, embora não obrigatório, extremamente salutar nas hipóteses de representação orgânica, em que os representantes não são escolhidos pelos representados, como o inventariante e o administrador da falência. Nesses casos, apesar de o ordenamento conferir aos representantes liberdade para agirem em juízo para representar o espólio (art. 618, I, CPC[152]) e a massa falida (art. 22, III, 'n', Lei n. 11.101/2005), seria altamente recomendável que, antes de fazê-lo, consultassem os herdeiros[153] e a assembleia de credores (art. 35, II, 'd', Lei n. 11.101/2005[154]), respectivamente, especialmente em casos de maior relevância e expressão econômica.

No caso da representação voluntária e na representação orgânica escolhida voluntariamente, esses cuidados podem ser convencionalmente definidos pelos próprios representados, estabelecendo-se a extensão dos poderes do representante para agirem em juízo com e sem prévia consulta.

Na substituição processual, em regra, o substituto pode agir independentemente de prévia comunicação com o substituído, exceto em duas hipóteses: ***(i)*** o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro (art. 3.º, Lei n. 12.016/2009); e ***(ii)*** o acionista para ajuizar ação social *ut singuli* de responsabilidade

---

152. Com a ressalva de que, tratando-se de inventariante dativo, os sucessores devem ser integrados ao contraditório (art. 75, § 1.º, CPC), justamente para reduzir o custo de agência, mediante participação.

153. Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves observam que, "[m]uito embora a lei seja omissa, é de bom-tom que o inventariante – sempre que for possível – colha manifestação das partes acerca da postura adotada nas ações judiciais" (**A representação do espólio pelo inventariante e o contraditório (participação) dos interessados na herança**, Fabiano da Rosa Tesolin e André de Azevedo Machado (coord.), *Direito federal brasileiro: 15 anos de jurisdição no STJ dos ministros Og Fernandes, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques*, Londrina: Thoth, 2023, p. 959).

154. Segundo Marcelo Barbosa Sacramone, a assembleia de credores tem "atribuição para deliberar sobre qualquer assunto que possa afetar os interesses da coletividade de credores" (***Comentários à lei de recuperação de empresas e falência***, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2022, p. 200).

de administradores, que depende de prévia deliberação assemblear (art. 159, § 4.º, da Lei n. 6.404/1976).

Contudo, mesmo nos demais casos, entende-se prudente (embora não forçoso) que o substituto interpele previamente o substituído, manifestando sua intenção de exercer a legitimidade extraordinária, como nos seguintes casos: *(i)* o Ministério Público, antes de ajuizar demanda como substituto do incapaz, pode ouvi-lo (se isso for possível) para entender seus interesses de fato[155]; *(ii)* associação ou sindicato podem consultar, extrajudicial e pré-processualmente, o associado ou membro da categoria a ser substituído sobre a ação a

155. Robson Renault Godinho reconhece que nem sempre o representante ministerial saberá agir no melhor interesse do substituído, e muitas vezes poderá pedir tutela que não lhe é favorável. E para evitar isso pondera a necessidade de "participação do titular do direito material para que possa exercer a função do substituto processual, sobretudo para que possa exercer a função de substituto processual, sobretudo para que possa obter um lastro fático mínimo que fundamente sua atuação judicial, Além disso, mormente para que o substituído não seja prejudicado caso haja desencontro de interesses com o Ministério Público, deve haver uma comunicação acerca do conteúdo da sentença, a fim de que se oriente e se permita que o titular do direito material interponha recurso e não permita que se forme uma coisa julgada contra seu interesse" (**O Ministério Público como substituto processual**, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 192, jun. 2007). O autor traz um excelente exemplo para reforço de sua argumentação: "uma criança recebe a notícia de que terá sua matrícula escolar cancelada em razão de necessitar de cuidados especiais que não podem ser prestados pelo estabelecimento de ensino. Diante desses fatos, aciona-se o Ministério Público, cujo presentante ajuíza uma ação com que se pretende obrigar a escola a manter a matrícula, a fim de preservar o direito à educação do menor. Na sentença, o juiz determina apenas que a escola mantenha a criança matriculada até o fim do ano letivo, a fim de não prejudicar a evolução de seus estudos, mas entende que não pode obrigar a continuação indefinida da relação contratual, especialmente porque o menor efetivamente necessitava de um estabelecimento de ensino mais adequado para suas condições psicológicas. Pode ocorrer que haja um desencontro volitivo entre o substituto e o substituído, querendo este último recorrer da sentença, enquanto aquele concorda com seu conteúdo. Em situações desse jaez, é fundamental que o Ministério Público examine o teor da decisão e esclareça sua concordância com o decidido e as implicações daí decorrentes, a fim de que o titular do direito material possa evitar a formação de uma coisa julgada que não atende a seus interesses. Considerando-se que invariavelmente o Ministério Publico atua em favor de pessoas em situação de risco, que nem sempre possuem condições satisfatórias para a compreensão dos efeitos de uma decisão judicial e de sua irreversibilidade, parece-nos que apenas a ciência formal do ajuizamento da ação é insuficiente para se garantir a adequada informação das consequências potencialmente decorrentes do processo, de modo que, no atendimento da parte ou até em audiência, devam ser prestadas as informações necessárias para o esclarecimento do titular do direito material. Trata-se mais de um comportamento ético do que técnico, cuja inobservância não possui o condão de evitar a formação de coisa julgada oponível ao substituído" (Idem, p. 193). Ainda que o exemplo tenha sido pensado em uma situação de comunicação entre Ministério Público e incapaz e seus representantes durante o processo, é evidente que a comunicação anterior ao processo teria os mesmos (senão melhores) efeitos. Em igual sentido: Júlio Camargo de Azevedo recomenda "o contato do órgão ministerial com as partes e seus representantes processuais, respeitando-se, neste aspecto, o princípio da autonomia individual, da liberdade de escolha e da participação processual dos sujeitos vulneráveis" (*Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental*, Belo Horizonte: CEI, 2021, p. 203).

ser ajuizada[156]; *(iii)* o titular de relação jurídica em posição de prejudicialidade-dependência pode exortar o titular da relação jurídica principal para que aja ou se manifeste a respeito de sua intenção de agir[157]; *(iv)* o cotitular de relação jurídica incindível pode consultar os demais cotitulares, embora colegitimado individualmente[158]; e *(v)* o legitimado coletivo pode promover pesquisas[159], audiências públicas extrajudiciais ou outros meios de ouvir o grupo em favor do qual pretende agir[160].

A adoção de tais medidas permitirá um agir mais responsável e bem-informado e contribuirá para a demonstração da representatividade adequada, a qual, conforme adiante será proposto[161], pode ser avaliada com relação a todos os agentes.

Quando não for possível ao agente consultar o principal – nascituros, concepturos, ausentes, pessoas naturais desprovidas de capacidades cognitivas, substituídos indetermináveis ou totalmente dispersos –, ainda assim haverá mecanismos para redução dos riscos ao principal por desinformação. Para tanto, pode ser fundamental a colheita de provas anteriormente ao processo.

O Ministério Público e o Poder Público em geral dispõem de poderes para tanto (para o primeiro, o inquérito civil[162]; para os demais entes, procedimentos administrativos de investigação[163]). Para os demais, caberia a produção antecipada de provas, cujo objetivo de reduzir assimetrias informacionais é por demais conhecido[164].

O substituto, quando não é partícipe da relação jurídica da qual emerge o direito a ser tutelado (casos de titularidade de relação jurídica conexa), pode experimentar consideráveis

---

156. A exemplo do que se passa no Direito francês, conforme examinado no item 3.5.4, *supra*.

157. Imaginar-se-iam as seguintes situações: *(i)* o capitão do navio consultar o armador antes de ajuizar ação com base no art. 527 do CCom; *(ii)* o agente fiduciário colher deliberação da assembleia de debenturistas antes de agir com fundamento no art. 68, § 3.º, da Lei n. 6.404/1976; e *(iii)* o terceiro interessado pedir que o devedor se manifeste antes de ajuizar ação de consignação em pagamento nos termos do art. 304 do CC.

158. Imaginar-se-iam as seguintes situações: *(i)* o coproprietário consultar os demais coproprietários para que deliberassem a respeito da demanda possessória ou reivindicatória (art. 1.314, CC); *(ii)* o co-herdeiro consultar os demais antes de ajuizar ação de defesa da herança (art. 1.791, CC).

159. Conforme proposto por Edilson Vitorelli, ***O direito processual civil coletivo***, São Paulo: RT: 2016, p. 496-513.

160. Não há razão para recusar que os mesmos cuidados sejam adotados no curso do processo, pois as condições são dinâmicas e estão sujeitas a alterações, conforme proposto por Edilson Vitorelli para o processo coletivo, mas enunciando ideia perfeitamente aplicável, com adaptações, às demais hipóteses de substituição (Idem, p. 246-255).

161. Vide item 4.7.1 e 4.7.2, *infra*.

162. Art. 8.º, § 1.º, Lei n. 7.347/1985.

163. Art. 58 da Constituição Federal, art. 29 da Lei n. 9.784/199 etc.

164. Julio Guilherme Müller, ***Negócios processuais e desjudicialização da prova***, São Paulo: RT, 2017, p. 358-363; Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor, ***Antecipação de provas e autocomposição***, Dissertação (Mestrado), Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2022, p. 44-49 e 74-77.

dificuldades de obter provas para ajuizar a ação no exercício da legitimidade extraordinária. Pense-se: *(i)* no terceiro interessado em realizar pagamento por consignação (art. 304, CC), que pode ter dúvidas quanto ao exato valor da obrigação a ser extinta; *(ii)* no acionista, que não dispõe de elementos completos para ajuizar ação social *ut singuli*; e *(iii)* no condômino que não dispõe de todas as informações necessárias para ajuizar a ação de cobrança da multa imposta pelo condomínio edilício. Em todos esses casos, a produção antecipada de provas desponta como mecanismo idôneo a superar obstáculos informacionais e, em que pese o custo para obtenção da prova, reduzir no geral os custos de agência.

4.7. Meios de proteção endoprocessuais

4.7.1. *Controle de "representatividade adequada" do representante processual*

Conforme destacado anteriormente[165], os legitimados coletivos são escolhidos pela lei sob a presunção de que ostentam as qualidades necessárias para agirem judicialmente, mas, segundo entendimento atualmente dominante na doutrina brasileira, trata-se de presunção relativa, que não dispensa o juiz de realizar um controle em concreto de representatividade adequada. Conforme também já observado, esse controle se desdobra no plano *ético* (dever de lealdade) e no plano *técnico* (dever de diligência). No primeiro caso, analisam-se a inexistência de conflito de interesses e o *track record* reputacional e, no segundo, a pertinência temática, o conhecimento, os recursos econômicos, físicos e humanos etc.

Cotejando-se essas noções anteriormente delineadas com os conceitos tratados neste capítulo, entende-se que o controle de representatividade adequada no plano ético conecta-se ao dever de lealdade, ao passo que o controle no plano técnico está intrinsecamente ligado ao dever de diligência.

Raciocínio similar pode ser estendido aos representantes processuais.

Quanto aos representantes nomeados judicialmente[166], a lei estabelece requisitos tanto éticos quanto técnicos, que devem ser ostentados no momento da nomeação e mantidos ao longo de todo o tempo em que exercerem a representação.

No plano ético, o tutor e o curador[167]: *(i)* devem ser primordialmente parentes do tutelado ou curatelado[168], de modo que os laços afetivos reduzam o problema de agência (arts. 1.731 e 1.775 CC); *(ii)* devem ser idôneos (art. 1.732, CC); *(iii)* não poderão ser

165. Item 2.5.4, *supra*.

166. Ou seja, excetuam-se os representantes escolhidos pela lei (pais) e escolhidos convencionalmente (tutores escolhidos pelos pais, administradores de pessoas jurídicas e síndicos de condomínios edilícios).

167. Conforme art. 1.774, CC.

168. Álvaro Villaça de Azevedo, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 19, p. 330-331.

pessoas desprovidas da administração de seus próprios bens (art. 1.735, I, CC); *(iv)* não poderão ser credores ou devedores do tutelado ou parentes de credor ou devedor do tutelado (art. 1.735, II, CC); *(v)* não poderão ser inimigos do menor, ou de seus pais, nem ter sido por estes expressamente excluídos da tutela (art. 1.735, III, CC); *(vi)* não poderão ser condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena (art. 1.735, IV, CC); *(vii)* não poderão ser pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, nem culpadas de abuso em tutorias anteriores (art. 1.735, V, CC).

No plano técnico, a tutela ou a curatela recairá sobre: *(i)* indivíduo capaz (art. 1.766, CC); *(ii)* residente no mesmo local de domicílio do tutelado (arts. 7.732 e 1.736, V, CC); *(iii)* que não exerce função pública incompatível com a boa administração da tutela (art. 1.735, VI, CC). Além disso, podem se escusar: *(i)* mulheres casadas; *(ii)* maiores de 60 anos; *(iii)* aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; *(iv)* os impossibilitados por enfermidade; *(v)* aqueles que já exercerem tutela ou curatela; e *(vi)* militares em serviço (art. 1.736, I a IV, VI e VI, CC).

No plano ético, o administrador falimentar: *(i)* deve ser "profissional idôneo"; *(ii)* nos últimos cinco anos não pode ter sido destituído do cargo de administrador, ter deixado de apresentar contas ou tê-las rejeitadas (arts. 21 e 30, Lei n. 11.101/2005); e *(iii)* não pode ter "relação de parentesco ou afinidade até o 3.º(terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente" (art. 30, § 1.º, Lei n. 11.101/2005).

No plano técnico, o administrador falimentar deve ser "advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada" (art. 21, Lei n. 11.101/2005) e deve ter porte e estrutura compatíveis com a complexidade da massa falida[169].

Quanto ao inventariante, ante o inconveniente silêncio do art. 617 do CPC, deve-se à construção doutrinária e jurisprudencial a exigência, para sua nomeação, de alguns requisitos éticos (como a inexistência de conflito de interesses[170]) e técnicos (como a efetiva capacidade

---

169. Veja-se a propósito emblemático julgado acerca da nomeação de administrador para a falência do Banco Santos: "[a] maior falência de instituição financeira atualmente em curso no país exige e requer uma empresa de administração judicial com porte, estrutura, reputação e equipe compatíveis com o nível de complexidade do processo" (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2025161-22.2016.8.26.0000, 1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível – 2.ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Ênio Zuliani, j. 22.06.2016, data de registro 27.06.2016).

170. Rodrigo Mazzei, **Nomeação de inventariante: critérios para (interpretar) e aplicar o art. 617 do CPC**, *Ensaios sobre o inventário sucessório*, 2. ed., rev. atual., e ampl., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 227. Por essa razão, é comum que os tribunais recusem a nomeação de credor como inventariante (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2258101-51.2019.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Ibitinga 2.ª Vara Cível, Rel. Galdino Toledo Júnior, j. 22.09.2020, data de registro 22.09.2020; e TJSP, Agravo de Instrumento n. 0120317-76.2013.8.26.0000, 2.ª Câmara de Direito Privado, Foro de São João da Boa Vista – 2.ª Vara Cível, Rel. Flavio Abramovici, j. 27.08.2013, data de registro 28.08.2013). Da mesma

de gestão[171]). Rodrigo Mazzei propõe que os critérios para nomeação de tutor (arts. 1.735 e 1.736 do CC) e administrador falimentar (art. 21 da Lei n. 11.01/2005) sejam aplicados ao inventariante e que sua nomeação seja precedida de contraditório entre os herdeiros[172]. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro chega a falar sobre a necessidade de análise da "legitimidade adequada" do inventariante[173].

O juiz pode constatar que o comprometimento dos requisitos éticos e técnicos do representante processual ocorreu de forma particular (em um processo específico) ou geral (para toda e qualquer atuação judicial ou extrajudicial).

Havendo um comprometimento técnico particular, caracterizado pela negligência específica quanto à prática de alguns atos processuais em um particular processo, em geral não haverá maiores consequências endoprocessuais. Quando há incapazes representados legalmente, a intervenção do Ministério Público é obrigatória (art. 178, II, CPC) e sua atuação pode suprir as omissões do representante (art. 179, CPC[174]). Nos demais casos (em que não há intervenção obrigatória do *Parquet*), o processo prosseguirá, consumando-se a preclusão ou outro efeito deletério da omissão, ainda que possa vir a ser responsabilizado o representante em via regressiva própria.

Se existir um comprometimento ético particular, decorrente de um conflito de interesses em processo específico, pais, tutores e curadores darão lugar a um curador especial (art. 72, I, CPC), sem prejuízo de permanecerem como representantes para os demais atos e negócios jurídicos, bem como os demais processos que tenham o representado como parte.

---

forma, há julgando afastando a nomeação a pessoa "casada com sócio de empresa devedora do espólio" (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2185612-79.2020.8.26.0000, 5.ª Câmara de Direito Privado, Foro Regional XV – Butantã – 1.ª Vara da Família e Sucessões, Rel. Fernanda Gomes Camacho, j. 24.11.2020, data de registro 24.11.2020).

171. Rodrigo Mazzei, **Nomeação de inventariante: critérios para (interpretar) e aplicar o art. 617 do CPC**, *Ensaios sobre o inventário sucessório*, 2. ed., rev. atual., e ampl., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 228-229. No TJSP encontra-se julgado afastando a ordem de nomeação prevista no art. 617 do CPC para evitar fosse atribuída a inventariança a "idosa, semianalfabeta e sem discernimento suficiente" (Agravo de Instrumento n. 2224825-24.2022.8.26.0000, Rel. J.B. Paula Lima, 10.ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 10.ª Vara da Família e Sucessões, j. 29.11.2022, data de registro 29.11.2022).

172. ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2023, v. 12, p. 191-193 e 196-214.

173. ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 9, t. 1, p. 52.

174. O STJ entende que a nomeação de curador especial não caberia na hipótese de negligência do representante legal, pois está restrita à "existência de conflito de interesses entre o incapaz e seu representante" e não "do simples fato de esse último ter- se descurado do bom andamento do processo", pois "[a]s falhas desse podem ser suprida pela atuação do Ministério Público, a quem cabem os mesmos poderes e ônus das partes" (REsp n. 886.124/DF, 3.ª Turma Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.09.2007, *DJ* 19.11.2007, p. 227). No mesmo sentido: REsp n. 34.377/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.09.1997, *DJ* 13.10.1997, p. 51574.

Contudo, não existem disposições expressas acerca de curadoria especial a outros casos de conflitos de interesses entre representante e representado[175]. A lacuna legislativa pode ser colmatada aplicando-se-lhes o art. 72, I, do CPC por analogia[176]. O STJ adotou esse entendimento em alguns casos[177].

Havendo um comprometimento técnico ou ético geral, constatado *incidenter tantum* em um processo em que atua o representante, entende-se caber a expedição de ofício para que a destituição seja examinada perante o juízo competente, sejam eles: ***(i)*** pais (arts. 1.637 e 1.638, CC[178]); ***(ii)*** tutores e curadores (art. 1.766 c.c. o art. 1.781, CC[179]); ***(iii)*** inventariantes (art. 622[180]); ou ***(iv)*** administradores falimentares (arts. 23, parágrafo único, 24, § 3.º, e 31, Lei n. 11.101/2005[181]).

Para exercício da representação orgânica escolhida voluntariamente há requisitos mínimos a serem seguidos[182], mas que dificilmente seriam controlados pelo juiz (notadamente *ex*

---

175. Conforme já destacado, o art. 25.2 do CPC português prevê a nomeação judicial de um representante especial se houver conflito de interesses entre a pessoa jurídica e seu representante.

176. Como autoriza, perdoando-se o truísmo, o art. 4.º de LINDB.

177. Como na hipótese de liquidante em conflito de interesses com a sociedade liquidada: "[s]e a legislação processual admite a nomeação de curador especial quando há colidência potencial de interesses entre o representante e o representado (art. 9.º do CPC), com muito mais razão há de se admitir a legitimação anômala do acionista majoritário para atuar em prol da sociedade à luz do art. 6.º do CPC, quando os atos do liquidante colidirem com os da sociedade liquidada, sendo aquele nomeado integrante de pessoa jurídica demandada pela sociedade em liquidação" (decisão monocrática do Min. Luiz Fux, nos autos do REsp n. 633.427, j. 01.02.2005, *DJe* 03.03.2005). Referido entendimento foi sufragado ulteriormente nos seguintes acórdãos: REsp n. 1.021.919/PR, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 22.06.2010, *DJe* 03.08.2010; e REsp n. 1.239.342/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.03.2014, *DJe* 28.08.2014.

178. Por exemplo, por perda da capacidade (plano técnico) ou incursão nos ilícitos que preveem perda do poder familiar (plano ético). No caso de incapacidade do representante legal, deve o juiz suspender o processo (art. 313, I, CPC) e oficiar ao Ministério Público ou ao juízo onde se processa a tutela para que nomeie outro representante.

179. Por exemplo, por perda de requisitos previstos nos arts. 1.735 e 1.736, CC (plano técnico) ou "prevaricação" (plano ético). A prevaricação compreende "a conduta comissiva de malversação do patrimônio do pupilo" (Rosa Maria De Andrade Nery e Nelson Nery Jr., ***Instituições de direito civil***, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2022, v. 4, p. 493). A mesma regra do art. 313, I, do CPC, referida na nota anterior, aplica-se aqui.

180. Por exemplo, por perda da capacidade (plano técnico) ou, por exemplo, por sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio (plano ético).

181. Por exemplo, por suspensão ou cassação da licença profissional exigida pelo art. 21 da Lei n. 11.101/2005 (plano técnico) ou, por exemplo, por condenação criminal ou destituição em outro processo (plano ético).

182. Por exemplo, o Manual de Registro da Sociedade Limitada e o Manual de Registro de Sociedades Anônimas impõem uma série de impedimentos para assunção do cargo de administrador (itens 1.2.8 e 1.2.9, respectivamente), a maioria de caráter técnico, mas diversos deles de caráter ético (Departamento de Registro Empresarial e Integração (disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/

ofício) prevalecendo a autonomia da vontade e o princípio da "intervenção mínima" do Poder Judiciário nas pessoas jurídicas de direito privado, particularmente aguda nas sociedades[183].

4.7.2. Controle de "representatividade adequada" do substituto no processo individual

Não se exige maior esforço para construir a argumentação de que os substitutos processuais em geral devem ostentar representatividade adequada.

No caso do Ministério Público como substituto processual do incapaz, pode-se dizer ser aplicada a presunção de representatividade adequada, a qual constitui entendimento prevalecente no plano do processo coletivo, ainda que lá esse entendimento venha passando por críticas, conforme já destacado[184]. Restaria apenas a recomendável (embora não obrigatória) colheita de informações por parte do representante ministerial sobre os reais interesses simples (de fato) do incapaz antes e durante o processo[185].

Quanto aos entes de classe, é quase ocioso reconhecer exigível que o substituído efetivamente integre o grupo cujos interesses são passíveis de ser defendidos pela instituição[186] e que haja pertinência temática, de modo que a pretensão deduzida em juízo guarde, em concreto, correlação com os objetivos estatutários do ente[187]. Assim, é evidente que, mesmo em processos individuais, dever-se-á realizar o controle de representatividade no plano técnico (sob a perspectiva do dever de diligência)[188], acrescentando-se aqui a conveniente

---

drei/legislacao/arquivos/legislacoes-federais/Anexoa_IIa_Manuala_dea_Registroa_ LTDAa_a_alteradoa_pelaa_INa_69a_ltimaa_verso.pdf, acesso em: 2 dez. 2023 e Departamento de Registro Empresarial e Integração (disponível em: https://www.normaslegais.com.br/legislacao /Manual-Registro-SA.pdf, acesso em: 2 dez. 2023). A doutrina entende que o dever de diligência do administrador compreende o "dever de se preparar para o cargo", de ostentar "competência profissional" e "um certo grau de perícia compatível com as funções" (Ana Frazão, **Comentário ao art. 153**, Fábio Ulhoa Coelho (coord.), *Lei das Sociedades Anônimas comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 883), bem como a "disponibilidade" e o "conhecimento da atividade da sociedade" (Antônio Menezes Cordeiro, ***Direito das sociedades***, 3. ed. atual. e ampl., Coimbra: Almedina, 2011, v. 1, p. 884).

183. Ademar Vidal Neto, ***Intervenção judicial na administração de sociedade: nomeação de interventor provisório***, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 51-55.

184. Item 2.5.4, *supra*.

185. Item 4.6, *supra*.

186. Ser membro da categoria em favor da qual atua o sindicato ou ser filiado à associação.

187. Uma associação de advogados pode ajuizar ação para defender prerrogativas profissionais de um causídico, mas não para tutelar outros direitos que não dizem respeito ao exercício do seu mister. O sindicato ao qual pertence determinado trabalhador pode agir como seu substituto quanto aos direitos emergentes da relação empregatícia, mas não a outras relações contratuais.

188. Para além desse aspecto, parece que os demais controles de representatividade adequada por razões técnicas não se mostram condizentes com processos individuais que tenderão a ter um nível de complexidade invariavelmente menor que qualquer processo coletivo.

(embora não mandatória) prévia comunicação com o substituído para compreensão mínima sobre os seus concretos interesses simples (de fato).

Para além disso, é forçoso que se realize o controle de representatividade adequada também no plano ético, pelo prisma do dever de lealdade, de modo a impedir em concreto a atuação de um ente de classe de fachada (sem sede e associados, e/ou comprovadamente capturada pelos interesses pessoais de seus dirigentes) ou com péssimo histórico reputacional (por exemplo, acusação de atos ilícitos em processos anteriores similares). Em tais situações, entende-se que o juiz tem poder, em concreto, de reconhecer que o substituto processual esteja desprovido de representatividade adequada.

A aplicação desse poder judicial de controle não apenas no processo coletivo, mas igualmente no processo individual, baseia-se exatamente nos mesmos objetivos: ***(i)*** garantir uma adequada defesa do substituído; ***(ii)*** evitar desvios de finalidade do instituto, coibindo conflito de interesses e colusão[189].

Contudo, o efetivo exercício desse poder não se baseia em juízo binário (tudo ou nada), mas em graus de intensidade, a depender: ***(i)*** do grau de indisponibilidade do direito[190]; ***(ii)*** da existência de indícios de colusão ou conflito de interesse; e ***(iii)*** da existência de conduta negligente do substituto.

Seguindo-se essas balizas, haverá igualmente margem para se estender o controle em concreto da representatividade adequada, sobretudo no plano ético, às hipóteses de substituição processual no processo individual por titulares de relações jurídicas conexas em situação de prejudicialidade-dependência com respeito à relação jurídica do substituído ou cotitulares de relações jurídicas incindíveis legitimados a agir individualmente.

Podem-se cogitar os seguintes exemplos: ***(i)*** nas ações sociais de responsabilidade *ut singuli* deve-se impedir que acionistas oportunistas, demandistas profissionais, ajam livremente, sobretudo se não eram acionistas ao tempo em que houve os fatos que ensejaram a responsabilidade do controlador ou administrador, se claramente adquiriram (ou alugaram) lote ínfimo de ações apenas para ajuizarem ações[191]; ***(ii)*** o acionista de companhia aberta, com participação ínfima no capital, deve ser impedido de ajuizar ação de anulação

---

189. A questão já foi explorada no item 2.5.4, *supra*, mas calha destacar que a exigência de demonstração de representatividade adequada se baseia na "necessidade de que o sujeito *formalmente legitimado* [...] atue de modo *materialmente legítimo* para esse fim", de tal sorte que para vincular o sujeito "diretamente atingido pela decisão proferida em um processo do qual não participou" é necessário "aferir se o debate transcorreu em um ambiente efetivamente idôneo e se o seu interesse foi representado de forma *qualitativamente* satisfatória" (Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, ***Manual do processo coletivo***, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 212-213, grifou-se).

190. A depender da indisponibilidade do direito em jogo, pode-se cogitar de uma atuação judicial *ex officio*. Por outro lado, sendo disponíveis os interesses em jogo, parece razoável deixar o exercício do controle judicial em concreto da representatividade adequada ser provocado por iniciativa dos interessados (a parte adversa, o próprio substituído ou terceiros que de outras formas intervenham no processo).

191. Como bem ponderado por Marcelo Vieira von Adamek (***Abuso de minoria no direito societário***, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-206) e Nelson Eizirik, **Usos e abusos do artigo 246 da Lei das S.As.**,

de deliberação assemblear em desvio de finalidade, para prejudicar a sociedade, se detém posição acionária relevante em concorrente[192]; ***(iii)*** não se pode permitir que o acionista minoritário ajuíze ações de anulação de deliberação assemblear, medidas urgentes, ações de responsabilidade ou de dissolução de forma abusiva, máxime em desvirtuamento do interesse social[193]; ***(iv)*** o condômino não pode ajuizar ação para cobrança de multa devida ao condomínio edilício por motivo de vendeta pessoal contra o devedor; e ***(v)*** o coproprietário de bem imóvel indivisível, em litígio com os demais condôminos por ter permitido dolosamente a ocupação irregular do imóvel por terceiro, não pode atuar (ao menos não sozinho) na respectiva ação possessória.

Em suma: ao atribuir legitimidade *ad causam* extraordinária a um sujeito, o legislador presume que se trata de titular de interesse jurídico e de posição suficiente para defender o direito, ainda que não lhe pertença ou do qual não seja o único titular. Essa atribuição de legitimidade *ope legis*, contudo, não dispensa o juiz de exercitar seus poderes gerais contra o abuso do direito de demandar (art. 139, III, CPC), que incluem o controle do desvio de finalidade ou abuso da demanda[194].

---

disponível em: https://capitalaberto.com.br/secoes/colunistas/usos-e-abusos-do-artigo-246-da-lei-das--s-as/, acesso em: 27 nov. 2023.

192. Guilherme Setoguti J. Pereira aventa a possibilidade de controle judicial em concreto de representatividade adequada do acionista para ajuizar ação de anulação de deliberação assemblear, mas nega que ela seja validamente feita no ordenamento brasileiro, porque: ***(i)*** não há base legal; ***(ii)*** quem vai a juízo não representa os demais, mas defende direito próprio; ***(iii)*** não se pode exigir que o acionista demandante "defenda adequadamente" a massa de acionistas; e ***(iv)*** o controle violaria a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (***Impugnação de deliberações de assembleia das S/A***, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 323). Nenhum dos argumentos é aceitável: ***(i)*** no processo coletivo, igualmente não há previsão legal, mas ainda assim se admite unissonamente ser possível o controle concreto de representatividade adequada; ***(ii)*** o direito defendido pelo acionista é ao mesmo tempo próprio e alheio (*iure iudiciali agere pro alio, sed etiam pro se ipso*); ***(iii)*** o colegitimado que se dispõe a agir está sujeito a deveres de lealdade (à companhia e, consequentemente, aos demais acionistas) e de diligência; ***(iv)*** o acesso à Justiça não é incondicionado, mas sim sujeitos a requisitos mínimos (e legitimamente impostos aos litigantes) e, mesmo que constatada a falta de representatividade adequada, haverá outros colegitimados aptos a assumir a demanda.

193. Marcelo Vieira von Adamek, ***Abuso de minoria no direito societário***, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 208 e ss.; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, **Algumas notas sobre o exercício abusivo da ação de invalidação de deliberação assemblear**, Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.). *Processo societário*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 165-169.

194. Helena Najjar Abdo sintetiza as diversas proposições doutrinárias para reconhecimento do "desvio de finalidade" quanto ao exercício da demanda, isto é: "***(i)*** utilização do processo para fins muito além da *causa petendi*; ***(ii)*** desvio do processo de sua *destinação normal*; ***(iii)*** agir [...] em juízo com fundamento em *finalidades impróprias*; ***(iv)*** utilização da *máquina judiciária para fins estranhos* à finalidade do processo; ***(v)*** *divergência* entre *meios* utilizados e *fins* a estes extrínsecos; ***(vi)*** direitos exercidos de modo *disfuncional*; ***(vii)*** *distorção* no emprego do processo e dos instrumentos processuais (***O abuso do processo***, São Paulo: RT, 2007, p. 89, destaques do original).

Um nível mais alto de indisponibilidade no plano material impede ou ao menos limita significativamente atos de disposição, como renúncia[205], reconhecimento ou transação (art. 487, III, CPC).

Da mesma forma, um grau elevado de indisponibilidade do direito ensejará limitações a atos processuais comissivos, como: *(i)* a confissão (art. 392 CPC); *(ii)* a desistência da ação, do recurso[206] ou da prova; *(iii)* o compromisso arbitral (art. 1.º, Lei n. 9.307/1996).

Por fim, um grau elevado de indisponibilidade excluirá os efeitos negativos decorrentes de comportamentos omissivos, por exemplo: *(i)* a revelia (art. 345, II, CPC); e *(ii)* a falta de impugnação especificada de fato (art. 341, I, CPC).

Como bem observado por Leonardo Greco, a disponibilidade do próprio direito material posto em juízo permite que os seus titulares possam dispor também "de todas as faculdades processuais cuja não utilização possa resultar, direta ou indiretamente, em julgamento contrário ao seu direito material"[207]. E o contrário é verdadeiro: quanto mais elevado o grau de indisponibilidade do direito material, menos margem haverá para disponibilidade de faculdades processuais.

O tema, por demais complexo, não comporta uma tratativa mais longa do que esta, pois o objetivo primordial é apenas a identificação de limites gerais a atos de disposição do principal.

No caso da representação legal (por pais, tutores ou curadores) ou substituição processual de incapazes (pelo Ministério Público), há um grau elevado de indisponibilidade do direito[208], de modo que a maioria dos atos dispositivos processuais e materiais não poderá ser

---

205. Eduardo Talamini faz interessante ponderação de que a indisponibilidade pode se colocar como vedação à renúncia de um direito existente ou como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio (**A (in)disponibilidade do interesse público: consequência processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória – Versão atualizada para o CPC/2015**, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 264, p. 83-107, fev. 2017).

206. À desistência do recurso (art. 998, CPC) equipara-se a renúncia (art. 999, CPC).

207. **Os atos de disposição processual**, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 1, p. 10, 2007. O autor ainda observa que o poder de disposição das partes no processo está vinculado não apenas à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo, mas igualmente a outros dois fatores: *(i)* ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas (evitando que uma delas tenha particular posição de vantagem em relação à outra); e *(ii)* a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo democrático (Idem, ibidem). Esses outros fatores não interessam diretamente aqui.

208. "Todo direito tem um titular, um sujeito ao qual ele se vincula. Normalmente, à vontade desse sujeito o ordenamento jurídico atribui a faculdade de disposição quanto à vantagem ou interesse que é conteúdo do direito, consequentemente, a disposição do próprio direito. Assim, quem adquire uma coisa, tornando-se titular do direito de propriedade sobre essa mesma coisa, pode dela dispor, vale dizer, dispor do seu direito de propriedade. O direito de propriedade, normalmente, é um direito disponível. Mas, se o titular do direito de propriedade é um incapaz, o ordenamento retira desse titular o poder de dispor a

praticada por representantes e substituto[209]. A homologação da desistência da demanda[210], recurso[211] ou prova[212] deve ser recusada pelo juiz, bem como a celebração do compromisso arbitral. A homologação da renúncia ou reconhecimento será igualmente obstada[213]. A transação envolvendo o direito do incapaz sujeita-se à concordância do seu representante e do Ministério Público, bem como à homologação judicial, desde que demonstrado de forma cabal ser a melhor solução para o seu interesse[214].

---

respeito do seu direito de propriedade. O incapaz não pode declarar validamente sua vontade, no sentido de transferir a outrem o direito de propriedade de que seja titular. Cuida-se, portanto, de um direito indisponível" (José Joaquim Calmon de Passos, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 8. ed., 4. tir., Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3, p. 365-366).

209. Júlio Camargo de Azevedo aponta justamente a íntima correlação entre limites à autonomia privada e vulnerabilidade do titular do direito (***Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental***, Belo Horizonte: CEI, 2021, p. 235).

210. Nesse sentido, localizou-se julgado que retrata a situação em que menor impúbere, por seu representante legal, requereu a desistência da ação sem que o Ministério Público tivesse sido ouvido; homologado requerimento, o *Parquet* recorreu e anulou a sentença (TJSP, Apelação Cível n. 0017821-09.2010.8.26.0344, 5.ª Câmara de Direito Privado, Foro de Marília – 4.ª Vara Cível, Rel. Fábio Podestá, j. 29.01.2014, data de registro 03.02.2014).

211. Conforme Araken de Assis, ***Manual dos recursos***, 8. ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2016, p. 215. Contra, entendendo que a renúncia a recurso (e, por extensão, a desistência) pode ser manifestada quanto a direitos indisponíveis, Flávio Cheim Jorge, ***Teoria geral dos recursos cíveis***, 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2015, p. 156.

212. O juiz pode se valer de seus poderes instrutórios (art. 370, CPC), para colher a prova da qual o representante legal ou substituto processual do incapaz abriu mão. Aliás, é justamente nas causas em que há em disputa direitos conotados por graus mais elevados de indisponibilidade em que há espaço mais propício para os poderes instrutórios. Conforme este autor destacou em anterior trabalho, "apesar de a disponibilidade dos direitos em disputa não alterar o grau dos poderes instrutórios do juiz – conforme lecionou há tempos Bedaque –, não podemos deixar de lado a ponderação de Puoli no sentido de que 'não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isso seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível'. Por isso, Puoli considera que o grau de ativismo probatório oficial 'irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse'" (***Direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 158). Naquela oportunidade, foram referidos em notas de rodapé: José Roberto dos Santos Bedaque, ***Poderes instrutórios do juiz***, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1994, p. 93; e José Carlos Baptista Puoli, ***Os poderes do juiz e as reformas do processo civil***, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 27.

213. Sob a égide do CPC/1973, Egas Dirceu Moniz de Aragão, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 10. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 469 e 474. Ao tempo do CPC/2015, José Rogério Cruz e Tucci, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed., São Paulo: RT, 2021, v. 8, p. 79 e 93.

214. Marcelo Zenkner observa ser incumbência do Ministério Público "se manifestar quanto ao acordo celebrado entre autor e réu, basta que o promotor de Justiça verifique se ele é ou não favorável ao incapaz:

Soluções similares são encontradas no âmbito do processo coletivo, havendo disposições que, embora não impeçam a desistência da ação, podem privá-la de efeitos, ao permitir que outro legitimado a assuma no lugar do demandante desistente[215]. Há interessante julgado do STJ aplicando a mesma lógica para a desistência do recurso[216].

Quanto aos atos de disposição no plano do direito material, o entendimento tradicional é de não ser cabível a renúncia, em que pese ser possível a celebração de autocomposição (por exemplo, o termo de ajustamento de conduta, *ex vi* do art. 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/1985), sem que haja propriamente concessões ou algum grau de disposição do direito transindividual[217], mas mera estipulação de prazos e formas para que o particular se submeta às medidas necessárias para reparar o direito transindividual lesado.

Em tempos recentes, a doutrina[218] passou a flexibilizar esse entendimento, sob a premissa de que os meios consensuais devam ganhar mais espaço no âmbito da tutela coletiva, ainda que se admita uma dose maior de concessões para que o direito transindividual lesado

---

se for, deverá opinar favoravelmente; se não for, de forma contrária" (***Ministério Público e efetividade do processo civil***, São Paulo: RT, 2006, p. 125).

215. No caso da ação popular (art. 9.º, Lei n. 4.717/1965) e ação civil pública (art. 5.º, § 3.º, Lei n. 7.347/1985).

216. "A assunção do polo ativo por outro colegitimado deve ser aceita, por aplicação analógica dos arts. 9.º da Lei 4.717/65 e 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/85, na hipótese de desistência do recurso pelo substituto processual, por aplicação dos princípios da interpretação pragmática e da primazia do julgamento de mérito" (REsp n. 1.656.874/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2018, *DJe* 22.11.2018).

217. *V.g.* Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, **A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta**, James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.), *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, v. 6, p. 234-240; Susana Henriques da Costa, ***Comentários à lei da ação civil pública e a lei de ação popular***, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 424. Como observaram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., "parece que a Res. n.º 179 do Conselho Nacional do Ministério Público acatou este entendimento: 'Art. 1.º [...] § 1.º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de condutas, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados'" (***Curso de direito processual civil***, 15. ed., Salvador: Juspodivm, 2021, p. 378-379).

218. *V.g.* Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos**, *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 3, p. 59-99, set./dez. 2016; Ana Luiza Nery, ***Teoria geral do termo de ajustamento de conduta***, São Paulo: RT, 2017, item 2.3.2; Patricia Miranda Pizzol, ***Tutela coletiva:*** **processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**, São Paulo: RT, 2019, p. 623-638; Emerson Garcia, **A busca pela solução consensual de conflitos na tutela coletiva: faculdade ou obrigação do Ministério Público?** *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n 73, p. 221-224, jul./set. 2019; Marcelo Abelha Rodrigues, ***Ação civil pública e meio ambiente***, 4. ed., Indaiatuba: Foco, 2021, p. 161-182; Robson Renault Godinho, **A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade**, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 84, p. 171-206, abr./jun. 2022.

seja reparado, embora uma série de condições e controles devam ser observados[219]. Seguir além destas breves linhas desvirtuaria os objetivos do presente item.

No caso da representação orgânica judicial (administração falimentar e inventariança), para além dos poderes que a lei conferiu de forma textual e daqueles expressamente limitados pela necessidade de autorização do juízo da falência ou do inventário (conforme destacado *supra*), entende-se haver um grau considerável de indisponibilidade, de modo a impedir, sem autorização judicial, quaisquer outros atos de disposição que não estejam expressamente previstos pela lei.

No caso da representação voluntária ou orgânica voluntariamente escolhida, vigoram em sua maior amplitude a autonomia da vontade e a disponibilidade do direito em disputa, de modo que os atos de disposição processuais e materiais dependerão fundamentalmente da extensão dos poderes convencionalmente outorgados ao representante[220].

Nos casos da substituição processual, o raciocínio é um pouco distinto.

Os substitutos titulares de relações jurídicas conexas em situação de prejudicialidade-dependência com respeito à relação jurídica do substituído terão, em regra, disponibilidade no plano exclusivamente processual (desistência da ação, do recurso e da prova), mas não quanto a atos que produzem efeitos no plano material (confissão, celebração de compromisso arbitral, renúncia, reconhecimento e transação). Aqui, não se trata de um problema de disponibilidade, mas sim de titularidade.

Situação análoga se passa nos casos de cotitularidade de relações jurídicas incindíveis, em que apenas um dos colegitimados agiu individualmente. O demandante pode praticar atos de disposição no plano exclusivamente processual (desistência da ação, do recurso e da prova), mas não quanto a atos de disposição com projeção material (confissão, celebração de compromisso arbitral, renúncia, reconhecimento e transação). Embora exista titularidade (ainda que seja uma cotitularidade), não há legitimidade individual (no sentido material do termo[221]) para a prática de atos materiais de disposição. O próprio art. 117 do CPC consagra as limitações aos atos de disposição por um litisconsorte unitário em relação aos demais[222].

---

219. Em especial, efetivo contraditório, concordância do Ministério Público (quando não for o autor da ação coletiva) e homologação judicial.

220. O art. 105 do CPC, embora se refira aos poderes especiais passíveis de ser outorgados ao advogado, representa um bom guia para identificar os poderes que dependem de atribuição expressa igualmente ao representante voluntário (item 1.6.6, *supra*), isto é, "receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso".

221. Vide item 3.5.6, *supra*.

222. Sob a égide do art. 48 do CPC/1973, Arruda Alvim, ***Código de Processo Civil comentado***, São Paulo: RT, 1975, v. 2, p. 416-421; e José Roberto dos Santos Bedaque, **Comentário ao art. 48**, Antonio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008, p. 125. Já sob a égide do (substancialmente igual) art. 117 do CPC/2015, vide Renato Resende Beneduzi, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2021, v. 2,

As limitações aos poderes do agente podem reduzir o risco do agir doloso ou culposo do agente, ainda que isso aumente os custos de monitoramento e, consequentemente, os custos de agência, conforme acima destacado[223].

4.7.4. Intervenção do Ministério Público

Uma forma de proteção do principal por atos do agente está em obrigar a intervenção do Ministério Público como "fiscal da ordem jurídica" (art. 178, CPC), de modo a ser intimado de todos os atos do processo (art. 179, I, CPC), produzir provas, praticar atos postulatórios em geral, em especial recorrer (art. 179, II, CPC).

Essa participação pode ser fundamental para frustrar condutas dolosas[224] ou culposas[225], uma vez que o Ministério Público pode apontar conflito de interesses e colusão (pedindo ao juiz as medidas pertinentes, referidas *supra*[226]), bem como pode praticar os atos quanto aos quais houve omissão prejudicial ao titular do direito[227].

Pode-se objetar que o Ministério Público atua para defesa da ordem jurídica, e não para prestar auxílio a um dos litigantes. Apesar de a questão ser envolta em polêmica, entende-se não ser essa a concepção correta, pois: *(i)* no caso da intervenção no processo em que há incapaz (art. 178, II, CPC), o Ministério Público é mais *custos vulnerabilis* do que um *custos legis*, havendo prévio compromisso com a defesa do incapaz[228], embora

---

p. 218-220; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 315-317.

223. Item 4.3.

224. Celso Agrícola Barbi observa que o Ministério Público tem o papel de "reprimir ou prevenir qualquer ato fraudulento ou malicioso, praticado no processo" (***Comentários ao Código de Processo Civil***, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 281).

225. Márcio Flávio Mafra Leal afirma que "o reforço da adequada representação, em se tratando de associações autoras, acaba recaindo no Ministério Público, que deve sempre intervir nas ações coletivas (art. 5.º, § 1.º, da LAC), e, assim, garantir que tais interesses estejam sendo bem advogados" (***Ações coletivas***, São Paulo: RT, 2014, p. 231).

226. Itens 4.4.3 a 4.4.5, *supra*.

227. Marcelo Zenkner, ***Ministério Público e efetividade do processo civil***, São Paulo: RT, 2006, p. 115-116.

228. Ainda ao tempo do CPC/1973, Celso Agrícola Barbi destaca claramente que a função do Ministério Público, nesse caso, "é de vigilância, para suprir eventual falha na defesa dos interesses dos incapazes", bem como de "velar pela exata observância das normas legais editadas para proteção daqueles, verificando se estão corretamente representados ou assistidos", pois "é possível que a falta de interesse direto e pessoal dessas últimas pessoas [pais, tutores, curadores] no objeto do litígio diminua a eficiência de sua atividade", bem como "reprimir ou prevenir qualquer ato fraudulento ou malicioso, praticado no processo para lesar interesses de incapazes" (***Comentários ao Código de Processo Civil***, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 281-282). Marcelo Zenkner destaca "a necessidade de se equilibrar o contraditório, cumprindo ao Ministério Público exercer no curso da ação estreita vigilância não apenas sobre a maneira como se desenvolve a defesa dos direitos dos incapazes, como

alguns autores entendam que não possa ela ser feita em contrariedade à lei[229]; *(ii)* ao defender a ordem jurídica, o Ministério Público, em regra, tomará partido de um ou de outro litigante e, ao assim fazê-lo, passará a defender o seu direito ou, no mínimo, atuará "para tutelar o interesse público, consubstanciado na prevalência da paridade de condições processuais das partes"[230].

Essa participação obrigatória do Ministério Público se dá apenas em alguns processos movidos por ou contra agente (representante/substituto), em especial: *(i)* processos que envolvem incapazes, conforme já referido (art. 178, II, CPC); *(ii)* processos coletivos (arts. 6.º, § 4.º, e 7.º, I, 'a', Lei n. 4.717/1965; art. 5.º, § 1.º, Lei n. 7.347/1985; art. 92, CDC; art. 12, Lei n. 12.016/2009; art. 7.º, Lei n. 13.300//2016; art. 178, III, CPC; e art. 554, §§ 1.º e 2.º, CPC[231]); *(iii)* processos em que o Ministério Público poderia ter sido o autor (art. 17,

---

também sobre a própria atuação de quem as represente, em caso de incapacidade absoluta, ou assista, sendo a incapacidade apenas relativa, evitando-se, assim, qualquer tipo de lesão" (***Ministério Público e efetividade do processo civil***, São Paulo: RT, 2006, p. 125). No mesmo sentido, reconhecendo que a participação do Ministério Público tem por objetivo prestigiar a proteção do incapaz, Fernanda Tartuce, ***Igualdade e vulnerabilidade no processo civil***, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 273. Júlio Camargo de Azevedo ressalva apenas a hipótese em que o incapaz pretende resultado ilícito (***Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental***, Belo Horizonte: CEI, 2021, p. 202). Em sentido parcialmente contrário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa que, tratando-se de defesa de interesses públicos ou interesses de incapazes, o Ministério Público seria sempre *custos legis*, mas se alteraria a dimensão de sua legitimidade recursal: mais ampla no primeiro caso e mais restrita no segundo, isto é, apenas em favor do incapaz, mas não contra (***O Ministério Público no processo civil e penal:* Promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 13-14).

229. José Miguel Garcia Medina, ***Curso de processo civil***, 8. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 192. Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que, "[a]o determinar a intervenção do Ministério Público nos processos em que houver incapazes, o legislador leva em consideração a fragilidade, do ponto de vista jurídico, desse sujeito de direito. Se não possui condições de, sozinho, manifestar sua vontade, sendo nulos ou anuláveis os atos praticados pelo representante legal – substituindo-o ou assistindo-o – é porque há necessidade de tutelar sua conduta no mundo jurídico. [...]. Admitida essa premissa, não parece razoável aceitar possa tal atuação representar mais uma vantagem para o incapaz. Se o legislador exigiu presença do *Parquet* na relação processual *apenas* porque um dos sujeitos não tem plenas condições de exprimir sua vontade, fê-lo, obviamente, para permitir sejam os seus interesses defendidos com maior zelo" (***Comentários ao Código de Processo Civil***, São Paulo: Saraiva, 2019, v. 3, p. 321).

230. Fernando Antônio Negreiros Lima, ***A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como* custos legis**, São Paulo: Método, 2007, p. 131.

231. Considerando-se que as ações possessórias contra "grande número de pessoas" são atualmente consideradas ações coletivas passivas, conforme sustentou este autor (Heitor Vitor Mendonça Sica, **Ações possessórias**, Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e Pedro da Silva Dinamarco (coord.), ***Instituições de direito processual civil***, São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, v. 6, p. 125).

§ 4.º, Lei n. 8.429/1992[232], art. 75, Lei n. 10.741/2003 etc.[233]); *(iv)* em alguns casos em que é parte a massa falida[234].

Para além das hipóteses antes referidas, é possível que o Ministério Público intervenha em processos em que há atuação de agente, mas não em virtude dessa circunstância, e sim por força de disposição expressa de lei[235] ou por haver "interesse público ou social" (art. 178, I, CPC), conceitos que, conforme já destacado[236], são totalmente vagos e fluidos[237]. Por outro ângulo, afirma-se que a atuação do Ministério Público se justifica em razão da indisponibilidade do direito em litígio[238], outro conceito vago e de difícil delimitação, como se viu[239]. Independentemente de tais dificuldades, nesses casos, o Ministério Público poderá frustrar o agir doloso ou culposo do agente, ainda que isso aumente os custos de monitoramento e, consequentemente, os custos de agência[240].

4.7.5. *Meios de proteção contra a colusão*

A participação do principal no processo teria a aptidão de afastar ou ao menos reduzir substancialmente os riscos da colusão. No entanto, considerando-se que nem sempre o principal poderá participar do processo (ou participar de forma plena), devem ser instituídos mecanismos de proteção contra esse agir doloso do agente em conluio com a parte adversa.

---

232. Considerado repristinado, conforme nota 253 do capítulo 2, *supra*.

233. Se o Ministério Público recebeu legitimidade *ad causam* é porque há interesses coletivos ou individuais indisponíveis a serem tutelados (arts. 127, *caput*, e 129, III e V, da CF), de modo que a legitimidade *ad interveniendum* do Ministério Público, mesmo que não estivesse prevista textualmente em lei (e, nos casos suprarreferidos, está), viria contemplada pelo art. 178, I, do CPC).

234. Conforme já destacado na nota 283 do capítulo 2, *supra*.

235. Por exemplo, no mandado de segurança (art. 12, Lei n. 12.016/2009), na ação de usucapião urbana especial (art. 12, § 1.º, da Lei n. 10.257/2001).

236. Item 2.6.2, *supra*.

237. Em comentários ao art. 82 do CPC/1973, Daniel Francisco Mitidiero reconhece que "interesse público é noção fluida, com contornos poucos precisos" e que, portanto, ficaria a critério do juiz a aferição de sua presença ou não (***Comentários ao Código de Processo Civil***, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, v. 1, p. 404). Celso Agrícola Barbi concorda sobre a vagueza da expressão, mas sustenta que o Ministério Público, uma vez consultado sobre o interesse público ou social, dará a última palavra (***Comentários ao Código de Processo Civil***, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 283). Em sentido similar, já à luz do CPC/2015, Renato Resende Beneduzi propõe que o juiz intime o Ministério Público para realizar uma "avaliação casuística sobre a necessidade concreta de sua intervenção" (***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, v. 2, p. 406).

238. Antônio Cláudio da Costa Machado, ***A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro***, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65.

239. Item 4.7.3, *supra*.

240. Item 4.3, *supra*.

O primeiro remédio contra a colusão é passível de ser exercitado no curso do processo: deve o juiz, *ex officio* ou por provocação de qualquer interessado, frustrar o intuito fraudatório, de modo a proferir "decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé" (art. 142, CPC).

No entanto, a doutrina diverge sobre o teor dessa decisão, se seria: ***(i)*** anulação do processo[241]; ***(ii)*** improcedência do pedido[242]; ou ***(iii)*** extinção do processo sem resolução de mérito[243].

A solução deverá variar a depender da configuração da colusão.

Se o processo é simulado, pois o litígio efetivamente não existe, a extinção do processo sem resolução do mérito é forçosa, a ser enquadrada no art. 485, X, do CPC[244], até porque a existência da própria simulação não pode ser julgada *principaliter*, à falta de demanda a seu respeito[245].

Se o processo é fraudulento, porque as partes pretendem um resultado diverso daquele que seria lícito, o juiz deverá avaliar se é possível desde logo proferir uma decisão de mérito no sentido oposto ao pretendido (o que pressuporia suficiência fático-probatória). Nesse caso, poder-se-ia cogitar de anulação de todos os seus atos e retomada desde o início, até mesmo para não prejudicar o principal com a eventual perda de prazos prescricionais ou decadenciais. Se o agente for partícipe da colusão, deve ele ser afastado para que outro entre em seu lugar[246].

Retomando-se os exemplos dados no item anterior: ***(i)*** o representante legal daria lugar a um curador especial (art. 72, I, CPC); ***(ii)*** o acionista minoritário seria trocado pela companhia ou por outro acionista[247]; ***(iii)*** o inventariante ou administrador falimentar deveriam ser destituídos pelos juízos do inventário e da falência (art. 622, CPC e art. 23, § 3.º, Lei n. 11.101/2005); ***(iv)*** o autor popular seria trocado por outro cidadão ou pelo Ministério

---

241. Barbosa Moreira, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 14. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 126-127.

242. Araken de Assis, ***Ação rescisória***, São Paulo: RT, 2022, p. 198.

243. Antonio Dall'Agnol, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, São Paulo: RT, 2007, p. 129; e Renato Resende Beneduzi, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2021, v. 2, p. 310.

244. Solução alvitrada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ***Novo Código de Processo Civil comentado***, São Paulo: RT, 2015, p. 216, e por Daniel Amorim Assumpção Neves, ***Novo Código de Processo Civil comentado***, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 236-237.

245. Correta ponderação de Pontes de Miranda, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 510.

246. Não haveria necessidade de assim proceder com relação a representantes voluntários ou representantes orgânicos voluntariamente escolhidos (administradores de sociedades e associações e síndicos de condomínios edilícios), pois os representados têm o poder de destituí-los.

247. Marcelo Vieira von Adamek considera essa possibilidade no caso de desistência pelo acionista "em situação análoga à do processo coletivo" (***Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas***, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 493).

Público (aplicando-se por analogia o art. 9.º da Lei n. 4.717/1965); e *(v)* a associação ou sindicato seriam trocados por outro legitimado ou o Ministério Público (aplicando-se por analogia o art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 7.347/1985).

4.8. Meios de proteção pós-processuais

4.8.1. Considerações iniciais

Por maiores que sejam os cuidados para reduzir o risco de o principal ausente ser prejudicado por condutas dolosas ou culposas do agente, nem sempre se impedirá esse resultado.

Em inspirada passagem, Jorge Americano[248] pontuou que "[p]or muita dedicação e capacidade que demonstrem os membros da magistratura, força é confessar que o abuso póde [*sic*] vencer as cautelas com que é exercida a função de distribuir justiça".

Assim, mesmo que aplicados todos os mecanismos supradesenhados, pode-se chegar a um desfecho processual desfavorável ao principal ausente, de tal modo que a questão passaria a ser se este estaria ou não vinculado pela coisa julgada material.

Cumpre enfrentar, finalmente, a questão que atormenta toda a doutrina que estuda a substituição processual, embora completamente ignorada pelos (já escassos) estudos sobre representação processual.

4.8.2. Coisa julgada e o substituído ausente

A discussão em torno da extensão ou não da coisa julgada material ao substituído é acalorada, no Brasil e em outros países, há mais de um século.

Conforme destacado *supra*[249] – e aqui seria ocioso repetir –, é predominante (não apenas na doutrina brasileira) a opinião de que a coisa julgada pode prejudicar o substituído, invariavelmente invocando-se como fundamento que seria uma decorrência essencial e inexorável do instituto[250]. Para sustentar esse entendimento, assinala-se comumente que,

---

248. ***Do abuso do direito no exercício da demanda***, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1933, p. 53.

249. Itens 1.5.2 a 1.5,4, *supra*.

250. Entre as várias opiniões nesse sentido, seleciona-se à guisa de exemplo uma bem colocada por Robson Renault Godinho: "negar que a coisa julgada material atinja o substituído que não tenha integrado o processo é negar a natureza do próprio instituto da substituição processual. Se aquele que foi substituído e se manteve fora do processo ficar imune ao resultado desse mesmo processo, não estaremos diante de substituição processual, mas, sim, de legitimação ordinária, já que o substituto na realidade não estará regulando situação alheia. O fundamento e a importância prática da substituição processual consistem exatamente na disciplina processual de direito alheio. Negando esse efeito, mutila-se o instituto, tornando-o imprestável para sua finalidade principal" (**O Ministério Público como substituto processual**, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 197, jun. 2007). Também se mostra útil transcrever a assertiva conclusão de Cândido Rangel Dinamarco afirmando que "se a esfera de direitos do substituído não

sem a vinculação do substituído, o adversário do substituto estaria em uma situação de extrema desvantagem, pois seu êxito contra o substituto seria, em princípio, inócuo, diante da possibilidade de se sujeitar a uma nova demanda, movida pelo substituído[251].

Outrossim, salientou-se anteriormente[252] que os autores nacionais e estrangeiros, que negam que a coisa julgada deva automática e inexoravelmente vincular o substituído, propõem como antídoto integrar esse sujeito ao contraditório, de tal sorte que, como parte, para todos os efeitos, não escaparia da coisa julgada.

De fato, se o substituto foi integrado ao contraditório, seja por intervenção espontânea (já prevista textualmente no art. 18, parágrafo único, do CPC), seja por intervenção provocada (conforme se propôs *de lege lata*[253]), pode-se dizer que o problema da vinculação do substituído à coisa julgada simplesmente desaparece, pois, como parte, vincula-se à coisa julgada (art. 506, CPC).

Embora a participação do substituído resolva esse problema de forma muito eficaz, nem sempre poderá ser observada, pois, conforme anteriormente ponderado[254], em determinadas situações mostra-se inviável integrar o substituído ao contraditório mediante intervenção provocada. Assim, restaria examinar a questão sob a perspectiva do substituído ausente, isto é, o que não pôde ser integrado.

Note-se que esse problema não se põe no plano da tutela coletiva, dotado de regras próprias para a coisa julgada[255], mas sim no processo individual e, mesmo assim, nas

---

fosse atingida diretamente pelos efeitos da sentença proferida em face do substituto, não haveria razão para a lei instituir a própria figura da substituição processual. [...] Também pouca ou nenhuma valia seria o exercício da jurisdição assim por iniciativa do substituto, se o substituído não ficasse preso nos limites subjetivos da *res judicata*" (**Sociedades anônimas e legitimidade dos minoritários – questões processuais**, *Processo civil empresarial*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 612-613).

251. Nesse sentido, à guisa de exemplo, Fredie Didier Jr. pondera que, "se assim não fosse, o réu da demanda proposta pelo substituto processual litigaria em processo que jamais poderia vencer, pois, mesmo se derrotasse o substituto, a decisão não seria oponível ao substituído, que poderia propor novamente a mesma demanda. Seria processo em que apenas uma das partes poderia ganhar. A atribuição da legitimação extraordinária implica o reconhecimento de que um determinado sujeito pode defender, de maneira eficaz, os interesses de outrem. Assim, a extensão da coisa julgada ao substituído é disso consequência inexorável" (***Pressupostos processuais e condições da ação***, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 256). O argumento tem certa dose de exagero, pois desconsidera a existência de prazos prescricionais e decadenciais para que o substituído aja (como pondera, por exemplo, Roberto Benevides Carvalho, ***Técnica processual e controvérsias derivadas da lei de sociedades por ações***, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 141) e desconsidera que, muitas vezes, o substituído se omitiu propositalmente em agir e somente por isso o substituto pôde fazê-lo.

252. Itens 1.5.2 a 1.5.7, *supra*.

253. Item 3.5.6, *supra*.

254. Item 3.5.6, *supra*.

255. Isto é, coisa julgada *secundum eventum probationem* para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito (art. 18, Lei n. 4.717/1965; art. 16, Lei n. 7.347/1985; art. 103, I e II, CDC), e coisa julgada *secundum eventum litis* para os direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC).

excepcionais hipóteses em que é inviável proporcionar participação aos substituídos (ao menos não sem um sacrifício desproporcional da razoável duração do processo). Pode-se exemplificar com três casos emblemáticos: *(i)* o armador do navio sediado em país estrangeiro na ação movida pelo capitão do navio nos termos do art. 527 do CCom; *(ii)* grande número de debenturistas na ação movida pelo agente fiduciário (art. 68, § 3.º, Lei n. 6.404/1976[256]); ou *(iii)* grande número de acionistas em ação de invalidação de deliberação assemblear movida por apenas um deles.

Os dois últimos exemplos aqui consideram que o número de substituídos não é grande o suficiente para permitir que entrem em cena os mecanismos de tutela transindividual previstos, principalmente, na Lei n. 7.913/1989[257] e, subsidiariamente, nos demais diplomas que integram o microssistema brasileiro de processo coletivo, os quais, aliás, somente se aplicariam a companhias abertas.

Nessas excepcionais hipóteses, põe-se um dilema, sem possibilidade de uma solução perfeita[258]: ou se sacrifica o direito do substituído ausente ao contraditório ou se sacrifica o direito do adversário vencedor à segurança jurídica.

Uma forma de solucionar o problema seria atenuar a imutabilidade da coisa julgada, de modo a deixar aberta uma "válvula de escape" para o substituído ausente.

---

256. A vinculação do substituído ausente à coisa julgada é menos grave nesses dois casos, em que a substituição processual mais se aproxima da representação processual. No primeiro caso, o substituto (capitão do navio) é escolhido pelo substituído (armador do navio), ao passo que, no segundo, há atuação estritamente regulada e fiscalizada pela CVM (arts. 66 e 67, Lei n. 6.404/1976) e pela própria assembleia de debenturistas (art. 68, § 1.º, Lei n. 6.404/1976).

257. Trata-se de diploma que integra o microssistema de tutela coletiva e atribui ao Ministério Público e à CVM para propor "as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou para obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: 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; III – omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa" (redação do *caput* dada pela Lei n. 14.195/2021). Segundo Ada Pellegrini Grinover, é possível que os acionistas sejam titulares de interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos e que a sua tutela possa se basear direta ou subsidiariamente no microssistema de tutela coletiva (**A tutela coletiva dos investidores no mercado de valores mobiliários: questões processuais**, Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.), *Processo societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 27-58).

258. Como bem ponderado por Pedro Henrique Torres Bianqui (***Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual***, Tese (Doutorado)., São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 11) e por este autor (Heitor Vitor Mendonça Sica, **Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC de 2015**, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 41, n. 256, p. 75, jun. 2016).

Como é cediço, no plano do processo de tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, vige a coisa julgada *secundum eventum probationem*, ou seja, permite-se a repropositura da ação, se a primeira houver sido julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas e a segunda vier munida da prova faltante[259].

A doutrina diverge se haveria necessidade de a primeira sentença afirmar expressamente que a improcedência decorre da aplicação do ônus objetivo da prova (art. 373, I, CPC[260]), ou se bastaria a descoberta de uma nova prova que não estava disponível quando do primeiro processo[261].

De toda sorte, está claro que o objetivo dessas peculiares disposições legais, que abrandam significativamente a coisa julgada[262], é prevenir o prejuízo à coletividade (o principal) em razão da culpa do legitimado extraordinário (o agente) na produção da prova[263], aspecto central do processo, ou mesmo quanto ao risco de colusão[264]. Tem-se aí mecanismo de proteção justamente contra o problema de agência.

---

259. Art. 18, Lei n. 4.717/1965; art. 16, Lei n. 7.347/1985; art. 103, I e II, CDC.

260. Posição de José Afonso da Silva, o qual entendia que a intervenção seria sempre como litisconsorte (***Ação popular constitucional:* doutrina e processo**, 2. ed. rev., atual e ampl., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 257; Arruda Alvim, Thereza Alvim; Eduardo Arruda Alvim, e James J. Marins de Oliveira, ***Código do Consumidor comentado e legislação correlata***, São Paulo: RT, 1991, p. 221; e Clarisse Frechiani Lara Leite, ***Fatos e provas novos no processo civil:* momentos de alegação e de prova. Ação rescisória. Ação revisional. Renovação da ação coletiva**, São Paulo: RT, 2023, p. 350 (embora sustente a necessidade de interpretar a sentença "em seu conjunto", de modo que não necessariamente deverá estar no seu dispositivo a afirmação de falta de provas).

261. Como sustentou pioneiramente Antonio Gidi (***Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas***, São Paulo: RT, 1995, p. 133 ss.), com adesões posteriores (*v.g.*, Elton Venturi, ***Processo civil coletivo***, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 387; e Patricia Miranda Pizzol, ***Tutela coletiva:* processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**, São Paulo: RT, 2019, p. 418-419).

262. Embora se reconheça que ainda subsista estabilidade diante da manutenção do cenário fático-probatório, conforme Clarisse Frechiani Lara Leite, ***Fatos e provas novos no processo civil:* momentos de alegação e de prova. Ação rescisória. Ação revisional. Renovação da ação coletiva**, São Paulo: RT, 2023, p. 347.

263. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna destacam que as ações coletivas devem ser julgadas "com base em todo o material probatório atinente ao conflito" (***Manual do processo coletivo***, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 242).

264. Ada Pellegrini Grinover, **Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum eventum probationem*. *Revista de Processo***, São Paulo: RT, v. 30, n. 126, p. 16, ago. 2005; Marcos Paulo Veríssimo, **Comentário ao art. 18 da Lei n. 7.347/1985**, Susana Henriques da Costa (coord.), *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 536. Edilson Vitorelli minimiza esse risco, reputando-o um "fantasma [...] que desde a década de 1980 assombra a doutrina brasileira" (*O direito processual civil coletivo*, São Paulo: RT: 2016, p. 460). De forma similar, mas sob a perspectiva das ações societárias, Paulo Aragão reputa o receio de colusão um argumento "*ad terrorem*" e que "não pode ser aceito, pois, como se sabe, "*abusus non tollit usum*" (**Aspectos processuais da legislação**

Entretanto, o problema de agência não está presente apenas nos litígios sobre direitos transindividuais, mas também nas diversas outras situações em que há o *agere iudiciali iure pro alio*.

Não seria o caso de cogitar, *de lege ferenda*, estender a mesma solução também no plano do processo individual em que houver substitutos ausentes?

Justamente nesse sentido, NELSON EIZIRIK[265] propôs, embora sem maior aprofundamento, que a coisa julgada *secundum eventum probationem* deveria ser aplicada às ações sociais de responsabilidade *ut singuli*, ponderando o seguinte:

> [...] os objetos das duas normas são rigorosamente os mesmos, quer dizer, quando a lei estabeleceu a possibilidade do [*sic*] acionista minoritário demandar no interesse da Companhia, permitiu a um representante de uma determinada comunidade defender interesse coletivo que não pode ser fraudado.

PAULO ARAGÃO aventa solução similar.[266]

Contudo, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK formulou críticas a respeito, por entender não existir base legal para tanto[267].

No caso de ação ajuizada em substituição processual da sociedade anônima, o problema parece ser de menor relevância, pois, segundo proposto anteriormente, a companhia substituída deve integrar o contraditório.

No entanto, no caso da ação ajuizada por um acionista em substituição aos demais (como na hipótese de invalidação de deliberação assemblear), a solução se aplicaria de forma adequada, embora possa ser cogitada apenas *de lege ferenda*. Afinal, em obra anterior[268], este autor ponderou que:

> [...] [n]ão se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência no ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal.

---

societária, FLÁVIO LUIZ YARSHELL e GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (coord.), *Processo societário III*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 625).

265. **Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima**, *Sociedade anônima: I ciclo de conferências para magistrados – EMERJ*, São Paulo: IBCB, 1993, p. 279.

266. **Aspectos processuais da legislação societária**, FLÁVIO LUIZ YARSHELL e GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (coord.), *Processo societário III*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 626.

267. ***Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas***, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 489.

268. ***Preclusão processual civil***, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008, p. 203. No mesmo sentido, EDUARDO TALAMINI (***Coisa julgada e sua revisão***, São Paulo: RT, 2005, p. 47-56) destaca que a coisa julgada é uma opção do legislador, exercida com certa liberdade, sujeita apenas a algumas balizas constitucionais.

Sem que essa solução seja implantada, resta o dilema: afinal, o substituto ausente se sujeita ou não à coisa julgada material sobre sentença que lhe foi desfavorável?

Não se ignora que a regra de que a coisa julgada não prejudica os terceiros já era acolhida no direito romano[269], embora já houvesse diversas exceções[270].

Igualmente não se olvida que o direito contemporâneo, plasmado pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, comporta o "princípio da relatividade da coisa julgada", segundo o qual "a sentença e a coisa julgada devem projetar eficácia apenas entre as partes"[271]. Contudo, em determinadas situações, "torna-se inexorável a projeção, ainda que por via reflexa, dos efeitos da decisão e, às vezes, em caráter excepcional, da própria expansão da autoridade da coisa julgada a terceiros"[272].

De fato, em certas situações, por maiores esforços que o sistema empreenda para evitar o efeito prejudicial da coisa julgada a um terceiro, ele haverá de ser, ainda que muito excepcionalmente, admissível, porquanto inevitável[273].

Representaria manifesto desequilíbrio sujeitar o adversário do substituto (e o próprio sistema de justiça) a todos os custos adicionais decorrentes dos mecanismos de proteção anteriormente instituídos para, depois, ainda proporcionar ao substituído ausente a possibilidade de ajuizar demanda sem o obstáculo da coisa julgada material.

---

269. D. 42.1.63: "Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare" ("Muitas vezes foi decidido que as coisas julgadas entre uns não deveriam prejudicar outros") e D.44.2.1: "res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant" ("a coisa julgada entre uns não prejudica os outros").

270. Giovanni Pugliese, **Giudicato civile (storia)**, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffré, 1969, t. 18, p. 730-734; 736-738; 740-744 e 750-752.

271. José Rogério Cruz e Tucci, ***Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil***, 2. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33.

272. Idem, p. 35.

273. A questão vem sendo há décadas intensamente travada no plano do litisconsórcio facultativo unitário (por cotitularidade de situações incindíveis e colegitimidade individual), mas pode ser estendida para outras hipóteses de substituição processual. José Carlos Barbosa Moreira destacava que "[a] coisa julgada que se constitua para qualquer dos litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deverá ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto" (***Litisconsórcio unitário***, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 138). No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover: "a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participassem do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente, a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra causa petendi)" (**Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem***, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 30, n. 126, p. 13, ago. 2005). A mesma autora destaca que "[a] evolução do instituto da coisa julgada, em seus limites subjetivos, é exatamente esta. Não há como fugir. É a própria natureza das coisas – a indivisibilidade do objeto e a identidade de situações jurídicas – que dá resposta ao problema" (idem, p. 20). No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci, ***Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil***, 2. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 35; e Guilherme Setoguti J. Pereira, *Impugnação de deliberações de assembleia das S/A*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 304.

Instituem-se os mecanismos de proteção ao substituído ausente justamente para permitir que a ele possa se estender a imutabilidade da sentença que eventualmente lhe venha a ser desfavorável.

Tem-se aqui excepcionalíssima hipótese de vinculação de terceiros à coisa julgada, em exceção à regra geral do art. 506 do CPC, seguindo-se entendimento largamente majoritário em doutrina[274].

Como se sabe, essa solução era repudiada em clássica obra de Enrico Tullio Liebman[275], segundo o qual reputava a extensão da coisa julgada a terceiros:

> [...] resultado grave e iníquo em numerosos casos, porque sujeita irremediavelmente os terceiros ao êxito de um processo de que não participaram e provavelmente ignoravam, fazendo depender a sorte dos seus direitos da atividade desenvolvida em juízo pelas partes.

Assim, o autor propôs construção teórica muito mais aceita no Brasil que na Itália[276], em separar eficácia da sentença (passível de atingir terceiros) da imutabilidade da coisa julgada (apta a vincular apenas as partes[277]). No entanto, o autor reconhece haver um dilema e, entre duas situações de "inevitabilidade" – estender a coisa julgada a terceiros ou excluir-lhes a imutabilidade abrindo-se vias para se insurgirem contra os efeitos –, preferia a segunda[278]. Contudo, o jurista não cogitava criar mecanismos de participação e proteção

---

274. Vide item 1.5.7, *supra*.

275. ***Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*** **(com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 81.

276. Vide José Rogério Cruz e Tucci, ***Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil***, 2. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 67.

277. "[A] sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença" (Idem, p.150).

278. Estender a coisa julgada a terceiros representaria "favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradições dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro" (Idem, p.151). Conclui então que, a despeito do risco de "resultados aparentemente contraditórios", é preciso "convencer-se da sua inevitabilidade, dentro de certos limites, se não quiser admitir a eficácia plena, absoluta e definitiva da sentença em relação a todos: o que seria entre todas a solução pior, e, de fato, não foi adotada por legislador nenhum" (Idem, ibidem).

ao terceiro, tal como foi sugerido no presente trabalho; se os tivesse considerado, talvez chegasse à conclusão diversa[279].

Da mesma forma, EDUARDO TALAMINI traçou profundo panorama entre as possibilidades de extensão da coisa julgada a terceiros, criticando-a justamente em razão da observância das garantias constitucionais[280]. Ao final, o autor aceita a pluralidade de processos a respeito da mesma situação jurídica incindível, a qual "não é a solução perfeita, mas a 'menos pior'", e que "no conflito entre duas ou mais sentenças que deem diferente tratamento a ato único e indivisível, prevalece o pronunciamento mais recente"[281]. A proposta *de lege ferenda* que o autor faz para contornar essa solução "menos pior" é justamente a instituição de "[n]orma expressa determinando a citação de todos os legitimados para que, querendo, optem por ingressar em um dos polos da ação" e fiquem sujeitos à coisa julgada[282]. Entretanto, o autor não considera que em algumas oportunidades a participação se mostra inviável e que há outros mecanismos de proteção do ausente[283].

Em suma, como última possibilidade, muito excepcionalmente a coisa julgada atingirá os substituídos ausentes.

4.8.3. Coisa julgada e o representado ausente

Não se localizou em doutrina qualquer questionamento, mínimo que fosse, acerca da extensão da coisa julgada ao representado. Entende-se que ele seria parte (mesmo que não pratique atos processuais[284]) e, por essa razão, a coisa julgada pode prejudicá-lo.

No caso da representação orgânica, de fato essa solução é inescapável. Embora não tenha sido anteriormente[285] levada em conta a terminologia proposta por PONTES DE

---

279. LIA CAROLINA BATISTA CINTRA, grande defensora da integração do substituído processual ao processo, critica a doutrina, que, "[n]ão querendo abrir mão da vinculação do substituído à coisa julgada e não vislumbrando – embora exista – outra solução para o problema, acaba desvirtuando conceitos basilares do direito processual ao criar exceções em casos em que elas não se justificam, para vincular um terceiro à coisa julgada sem lhe franquear a possibilidade de participação no processo" (**Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário**, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 292, p. 6, jun. 2019 [versão eletrônica]).

280. ***Coisa julgada e sua revisão***, São Paulo: RT, 2005, p. 96-103.

281. Idem, p. 103.

282. Idem, p. 103-104.

283. Autores anteriores (como EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, **Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 625, p. 7, nov. 1987 [versão eletrônica]) e posteriores (ANISSARA TOSCAN, ***Coisa julgada: contribuição para uma nova teoria***, Tese (Doutorado), Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2021, p. 161-163) parecem, igualmente, reputar que proporcionar participação ao sujeito a ser atingido pela coisa julgada basta, o que, conforme se demonstrou, nem sempre será possível (item 3.5.6, *supra*).

284. Vide item 1.6.1 e 3.3, *supra*.

285. Vide item 1.6.4, *supra*.

MIRANDA ("presentação"), acolhe-se a ideia fundamental por ele enunciada segundo a qual "[o]s atos dos órgãos das pessoas jurídicas são atos delas, e não atos de outrem, por ela"[286].

O mesmo raciocínio se estende a entes despersonalizados que são organicamente representados por sujeitos eleitos ou nomeados judicialmente: os atos do síndico, do administrador e do inventariante são atos do condomínio edilício, da massa falida ou do espólio.

Eventual conflito de interesses ou negligência que tenha prejudicado o representado será resolvida *interna corporis*, mediante destituição e responsabilidade civil do representante perante o representado[287]. Seria iníquo e abusivo cogitar de excluir ou abrandar a imutabilidade da coisa julgada com relação ao representado, pois isso prejudicaria de forma inaceitável o seu adversário que saiu vencedor sem ter participado do ato danoso ao representado e exerceu o contraditório de forma lícita e adequada[288].

É de questionar se, tratando-se de representação legal, a mesma solução se mostra adequada. Conforme se destacou[289], o incapaz jamais conseguirá uma participação plena; aliás, na maioria dos casos, a participação será nenhuma. O incapaz se põe, portanto, na mesma situação dos substituídos ausentes em geral, com o agravante de que os seus direitos são indisponíveis. Apesar das camadas adicionais de proteção, tratadas nos subitens anteriores, o incapaz é o sujeito de direitos exposto à maior dose de riscos.

Entende-se, *de lege ferenda*, possível cogitar da coisa julgada *secundum eventum probationem* (tal como se aventou para os substituídos ausentes, no subitem anterior). Contudo, à exceção dessa particularidade, não haveria como sujeitar o adversário do incapaz à completa exclusão da segurança jurídica, mesmo depois de ter incorrido em todos os custos impostos pelos mecanismos de proteção do menor.

4.8.4. Ação rescisória pelo principal

Uma vez vinculado pela coisa julgada, o principal poderá, nos casos previstos em lei (art. 966, CPC), valer-se da ação rescisória, seja porque efetivamente integrou o contraditório e, portanto, é parte (art. 967, I, CPC), seja porque não o integrou e, logo, é terceiro (art. 967, II, CPC).

Não parece haver nenhuma particularidade na ação rescisória movida pelo principal ausente com relação à ação rescisória movida pela parte ou terceiro em geral, exceto na

---

286. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2, p. 84.

287. No caso dos representantes orgânicos escolhidos voluntariamente (e, da mesma forma, aos representantes voluntários) pode-se ainda acrescentar a concepção de culpa *in eligendo* ou de risco criado, conforme item 3.2.3, *supra*.

288. Exclui-se apenas a hipótese de colusão, em que ao adversário do representado é coautor do ato danoso com o representante, hipótese em que ao representado pode se desvencilhar da coisa julgada, desde que maneje, no prazo e forma legal, a ação rescisória. O tema será tratado no subitem seguinte.

289. Vide item 3.4.2, *supra*.

hipótese de colusão (art. 966, III, *in fine*, CPC), a qual é um dos mais insidiosos riscos a que está sujeito o principal[290].

Com efeito, se a colusão não foi descoberta durante o curso do processo e ensejou a prolação da decisão de mérito, restará o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, III, CPC), cujo prazo se conta a partir da descoberta do arranjo espúrio (art. 975, § 3.º, CPC).

Para tanto, seriam legitimados: *(i)* o representado que, embora parte, foi lesado pela colusão engendrada pelo representante (art. 967, I, CPC); *(ii)* o principal ausente, na condição de terceiro prejudicado pela colusão (art. 967, II, CPC); ou *(iii)* o Ministério Público (art. 967, III, 'b', CPC)[291].

Comprovada a colusão, põe-se aqui também a dúvida acerca de qual deve ser o desfecho. Há quem entenda que bastaria o juízo rescindente[292], mas parece adequado reconhecer que a solução igualmente dependerá da configuração da simulação ou fraude, a exemplo do que sucederia se o arranjo espúrio fosse descoberto no curso do processo, conforme já

290. Vide item 4.4.5, *supra*.

291. A doutrina é controvertida se o próprio partícipe da colusão poderia ajuizar a ação, mas os argumentos pela admissibilidade parecem mais sólidos. Negando a legitimidade do coludente, José Maria Tesheiner: "[a] colusão não pode ser alegada por uma das partes, em virtude do princípio de que não deve ser ouvido quem alega a própria torpeza (*nemo turpidinem suam allegans auditur in iudicio*)" (**Ação rescisória no novo Código de Processo Civil**, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 40, n. 244, p. 229, jun. 2015). Em sentido contrário, Araken de Assis assim observa: "não há como pré-excluir, em termos categóricos, e sob o fundamento da proibição de alegar a própria torpeza em juízo (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), por mais implausível e inusitado que seja semelhante iniciativa, a legitimidade e o interesse da parte porventura participante da farsa processual. Verdade que, se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio jurídico ou pleitear indenização, segundo dispõe o art. 150 do CC. Compreensível que semelhante regra, no plano substancial, sem prejuízo do paradoxo de emprestar validade ao que é inválido, não possa ser invocada para tornar inatacável, segundo quem pretenda a rescisão, o processo fraudulento. Em primeiro lugar, concebe-se a iniciativa de uma das partes principais, obviamente arrependida do embuste; por exemplo, se o autor A moveu ação de nulidade de casamento contra a ré B, porque a ambos interessava volver ao estado pretérito (*v.g.*, para desfazer impedimento matrimonial do art. 1.521, II, do CC, para casamento mais vantajoso), nada impede que um dos antigos cônjuges se volte contra o parceiro e pleiteie a rescisão da sentença da procedência proferida na causa originária. Eventual juízo de inadmissibilidade da ação rescisória movida por um dos participantes da fraude não seria prática, obrigando o relator a oficiar ao Ministério Público, a fim de que esse, de seu turno, ingressasse com a rescisória. Não é possível tolerar, sob qualquer pretexto, a subsistência do processo fraudulento, havendo elementos de convicção acerca do conchavo. E, de resto, a inadmissibilidade se harmoniza com a diretriz esposada no art. 142: nesse caso, o dever de o juízo emitir pronunciamento que obste o conluio consiste em julgar procedente a rescisória" (***Ação rescisória***, São Paulo: RT, 2022, p. 198-199).

292. Flávio Luiz Yarshell, ***Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório***, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317; e Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, ***Ação rescisória e querela nullitatis***, São Paulo: RT, 2020, p. 241.

destacado[293], isto é: *(i)* se o processo é simulado, pois o litígio efetivamente não existe, bastará o juízo rescindente (sendo desnecessário o exame do mérito fictício); *(ii)* se o processo é fraudulento, porque as partes pretendem um resultado diverso daquele que seria correto à luz do ordenamento jurídico, haverá juízo rescisório para proferimento de uma decisão de mérito no sentido oposto ao pretendido pelos fraudadores.

4.9. Conclusão do capítulo

O presente capítulo demonstra que determinados conceitos e institutos, embora tenham se desenvolvido em um específico campo de estudo do direito, frequentemente se revelam muito mais amplos e passíveis de ser encontrados, com contornos ao menos muito similares, em outros terrenos.

As noções de deveres de lealdade e diligência do agente para com o principal, embora tenham se desenvolvido no campo do direito material, são perfeitamente passíveis de ser encontrados no plano do direito processual, gravando de forma indelével o *agere iudiciali iure pro alio*.

O dever de lealdade é quebrado por condutas dolosas, com graus diversos de gravidade, isto é, ou por conflito de interesses entre agente e principal ou por colusão do agente com o adversário do principal. O dever de diligência é violado por condutas culposas.

Esses fenômenos não eram estranhos ao direito processual, embora a percepção a seu respeito fosse fragmentada.

O conflito de interesses somente vinha tratado na representação legal e, incidentalmente, no controle de representatividade adequada do legitimado coletivo, mas evidentemente pode ocorrer em diversas outras situações em que há *agere iudiciali iure pro alio*.

Por isso mesmo se propôs, *de lege lata*, o controle judicial em concreto de representatividade adequada sob o prisma ético (dever de lealdade) às demais hipóteses de substituição e representação processual, se não pela extensão da técnica do processo coletivo ao processo individual, ao menos pela cláusula geral de boa-fé e da vedação ao desvio de finalidade da demanda e ao abuso do direito de demandar. A intensidade desse poder judicial variará em função do grau de indisponibilidade do direito material em disputa.

O tema da colusão já encontra guarida em expressas disposições legais suficientemente abrangentes e, se bem utilizadas, efetivas, havendo aqui pouco espaço para inovações.

Ademais, propôs-se, igualmente *de lege lata*, que se reconheça o poder do juiz de realizar em concreto o controle da representatividade adequada pelo prisma técnico (dever de diligência), cuja intensidade é também diretamente proporcional ao grau de indisponibilidade do direito material litigioso.

Esse poder constitui o mais importante mecanismo de proteção do principal por atos do agente, mas não o único. A depender do grau de indisponibilidade do direito material em

293. Item 4.7.5, *supra*.

disputa, podem-se identificar outros mecanismos, como a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público e a limitação aos poderes do agente.

Todos os mecanismos aqui desenhados implicam custos de monitoramento ou governança e aumentam os custos de agência, mas garantem maior nível de proteção ao principal ausente ou, embora presente, hipossuficiente/vulnerável.

A instituição desses diversos mecanismos permite algum conforto em admitir que haja pontual exclusão da regra do art. 506 do CPC, de modo a estender ao substituído excepcionalmente ausente a coisa julgada prejudicial, muito embora se pudesse cogitar, *de lege ferenda*, solução mais adequada, qual seja, a coisa julgada *secundum eventum probationem*.