

HORIVAL MARQUES DE FREITAS JÚNIOR

**O Ministério Público e os meios alternativos de solução de conflitos
coletivos**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2018

HORIVAL MARQUES DE FREITAS JÚNIOR
N. USP 4947790

**O Ministério Público e os meios alternativos de solução de conflitos
coletivos**

Tese de Doutorado, apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Freitas Junior, Horival Marques de
O Ministério Público e os meios alternativos de solução de conflitos coletivos / Horival Marques de Freitas Junior ; orientador José Carlos Baptista Puoli -- São Paulo, 2018.
313

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. meios alternativos de solução de conflitos . 2. novo Código de Processo Civil. 3. Ministério Público. 4. tutela coletiva. 5. processo coletivo. I. Puoli, José Carlos Baptista, orient. II. Título.

Nome: FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de.

Título: O Ministério Público e os meios alternativos de solução de conflitos coletivos.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

RESUMO

Horival Marques de Freitas Junior. O Ministério Público e os meios alternativos de solução de conflitos coletivos. 2018. 313 páginas. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Diante do alto índice de litigiosidade verificado nas diversas instâncias do Judiciário brasileiro, os meios alternativos de solução de conflitos vêm ganhando crescente atenção no sistema processual brasileiro, em movimento que atingiu seu ápice nos anos de 2015-2016, com a vinda de novos estatutos legislativos voltados às soluções consensuais: Lei 13.105, de 18 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil Brasileiro), Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 (nova Lei da Arbitragem) e Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação). No contexto dessas tendências, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) firmou o acordo de cooperação técnica 14/2012 junto ao Ministério da Justiça, tendo como objeto “a conjunção de esforços dos partícipes no sentido de desenvolvimento de uma política de democratização do acesso à justiça por meio da realização de cursos de Aperfeiçoamento em Técnicas de Mediação e Composição de Conflitos e de Direitos Humanos”. Assim, em 1º de dezembro de 2014, foi editada a Resolução 118, dispondo sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, com referência às seguintes práticas autocompositivas no âmbito das diversas unidades do *Parquet* brasileiro: a) negociação; b) mediação; c) conciliação; d) práticas restaurativas; e e) convenções processuais. A partir da ampla legitimidade conferida pela Constituição de 1988 e diante da expressa orientação de que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos, inclusive os membros do Ministério Público (art. 3º do CPC-2015), propõe-se o aprimoramento da atuação da instituição enquanto agente fomentadora de soluções consensuais no âmbito da tutela coletiva. Ademais, ante algumas insuficiências do atual microssistema das ações coletivas, a pesquisa foi também direcionada à obtenção de propostas de alterações hermenêuticas e legislativas, tendo como foco a ampliação das soluções coexistenciais no âmbito do processo coletivo brasileiro e a premissa de que o Ministério Público deve, cada vez mais, incorporar em seu perfil o papel de “represente adequado” para as questões transindividuais.

Palavras-Chave: meios alternativos de solução de conflitos – novo Código de Processo Civil – Ministério Público – tutela coletiva – processo coletivo.

ABSTRACT

Considering the high level of litigation found in several instances of Brazilian Judiciary, alternative dispute resolution has been attracting increasing attention in Brazilian procedural system, a movement which has reached its pinnacle in 2015-2016, with the coming of new laws aimed at mutual consent resolutions: Law No. 13.105 of March 18, 2015 (new Brazilian Civil Procedure Code), Law No. 13.129 of May 26, 2015 (new Law on Arbitration) and Law No. 13.140 of June 26, 2015 (Law of Mediation). Within the context of these trends, National Council of Public Prosecutor's Office has signed the technical cooperation agreement 14/2012 with Ministry of Justice, aiming at "the combination of parties' efforts in order to develop a policy of democratization of access to justice through courses on Improvement in Mediation Techniques and Composition of Conflicts and Human Rights". Thus, on December 1, 2014, Resolution 118 was issued about the national policy of incentive to self-mediation within Public Prosecutor's Office, referring to the following practices of self-mediation in several units of Brazilian Public Prosecution Service: a) negotiation; b) mediation; c) reconciliation; d) restorative practices, and e) procedural conventions. Based on the plentiful legitimacy provided by the Constitution of 1988 and considering the avowed guidance that mediation and other methods of mutual consent resolutions of conflicts should be encouraged by all, including members of Public Prosecutor's Office (article 3 of Civil Procedure Code-2015), the improvement of the institution's activity as an agent fomenting mutual consent resolutions within collective protection is proposed. Furthermore, due to insufficiency of the current class action system, the research has also been carried out to obtain proposals for hermeneutical and legislative changes, focusing on the expansion of coexisting solutions within the Brazilian collective process and the assumption that Public Prosecutor's Office should, increasingly, include in its profile the adequacy of class representation.

Keywords: alternative dispute resolution - new Brazilian Civil Procedure Code
- Public Prosecutor's Office – class actions - adequacy of representation.

RÉSUMÉ

Devant le haut répertoire contentieux vérifié auprès des diverses instances du Judiciaire brésilien, les modes alternatifs de règlements des conflits gagnent croissante attention dans le système procédural brésilien, notamment entre 2015 – 2016, avec l'avènement de nouveaux règlements législatifs disposés vers le consensus: la Loi 13.105, du 18 mars 2015 (nouveau Code de Procédure Civile Brésilien), la Loi 13.129, du 26 mai 2015 (nouvelle Loi d'Arbitrage) et la Loi 13.140, du 26 juin 2015 (la Loi de Médiation). Dans le contexte de ces tendances, le Conseil National du Ministère Public (CNMP) a conclu l'accord de coopération technique 14/2012 auprès du Ministère de Justice, ayant pour objet «la conjonction d'efforts des parts vers le développement d'une politique de démocratisation de l'accès à la justice par l'achèvement des cours de Perfectionnement en Techniques de Médiation et Composition de Conflits et de Droits Humains». Ainsi, au 1^{er} décembre 2014, fut éditée la Résolution 118 qui dispose à propos de la politique nationale stimulant l'autocomposition dans le cadre du Ministère Public, en ce qui concerne les suivantes pratiques autocompositives dans le cadre des diverses unités du Parquet brésilien: a) négociation; b) médiation; c) conciliation; d) pratiques restauratives; et e) conventions procédurales. A partir de l'ample légitimité allouée par la Constitution de 1988 et devant l'expresse orientation que la médiation et d'autres méthodes de solution consensuelle de conflits devront être stimulées par tous, y compris les membres du Ministère Public (art. 3^e du CPC-2015), on y propose le perfectionnement de l'action de l'institution en tant qu'agent aiguillon de solutions consensuelles dans le cadre de la tutelle collective. En outre, devant quelques manques du présent microsystème des actions collectives, la recherche a également ciblé l'obtention de quelques propositions de modifications herméneutiques et législatives, ayant pour but d'agrandir les solutions coexistentielles dans le cadre du procès collectif brésilien et la prémisse que le Ministère Public doit intégrer progressivement à son profil celui du «représentant adéquat» pour les questions transindividuelles.

Mots clés : modes alternatifs de règlements des conflits - nouveau Code de Procédure Civile Brésilien - Ministère Public - tutelle collective - procès collectif brésilien.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
RÉSUMÉ	6
SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO	11
1. Atualidade e relevância do tema.....	11
2. Organização e desenvolvimento	23
1. TRANSAÇÕES ENVOLVENDO INTERESSES E DIREITOS COLETIVOS .. 25	
1.1. Direitos indisponíveis e processo: panorama geral.....	25
1.2. As principais questões envolvendo a indisponibilidade dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: interesse público e legitimidade ad causam	32
1.2.1. Direitos transindividuais	32
1.2.2. Os argumentos a favor da indisponibilidade.....	36
1.2.3. Desconstrução da ideia de supremacia do interesse público como fundamento para a indisponibilidade dos interesses transindividuais.....	37
1.2.4. (In)disponibilidade do interesse público no direito administrativo	49
1.2.4.1. Arbitragem e autocomposição nos conflitos envolvendo a Administração pública: Leis 13.129/2015 e 13.140/2015	52
1.2.5. (In)disponibilidade no processo penal	58
1.2.5.1. Os acordos de colaboração premiada – Lei 12.850/2013.....	62
1.2.5.2. A Resolução 181/2017 do CNMP: acordos de não persecução penal.....	66
1.2.6. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção	69
1.3. Indisponibilidade como decorrência da legitimidade ad causam: real cerne das questões acerca da possibilidade de transação no âmbito da tutela coletiva.....	71
1.4. Transacionalidade dos direitos coletivos	78
1.5. Compromisso de ajustamento de conduta: posituação da possibilidade de acordos no microsistema das ações coletivas.....	85
1.5.1. Os debates envolvendo a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta	88
1.5.2. Os acordos em litígios coletivos mesmo quando se está diante de interesses indisponíveis sob a ótica do direito material: concretização e criação do direito por meio das técnicas extrajudiciais de solução de conflitos.....	95
1.6. Direito estrangeiro: a possibilidade de acordo nas class actions do direito norteamericano.....	99
1.6.1. As class actions	99

1.6.2. Possibilidades e limites de soluções consensuadas no direito coletivo estadunidense	104
--	-----

2. OS FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS LEGITIMADORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO AGENTE FOMENTADOR DE SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS: REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO ÂMBITO DA TUTELA COLETIVA.....113

2.1. A legitimidade do Ministério Público para a resolução consensual de conflitos como decorrência de seu perfil constitucional e processual	113
2.1.2. Origem do Ministério Público brasileiro.....	115
2.1.3. O tradicional modelo de intervenção do Ministério Público no Processo Civil: “demandista”	119
2.1.4. O Ministério Público na Constituição de 1988	122
2.1.5. Natureza do Ministério Público.....	124
2.1.6. As garantias constitucionais para atuação ministerial isenta, imparcial e independente: modelo de simetria com as garantidas conferidas à magistratura	126
2.1.7. Cláusula pétrea	130
2.1.8. O Ministério Público e Democracia: tutela dos interesses da sociedade brasileira. 132	
2.1.9. Tendência de preponderância do modelo “resolutivo” de atuação ministerial em relação ao modelo “demandista”.....	135
2.1.10. O Ministério Público no contexto do novo CPC: foco na atuação preventiva e extrajudicial.....	139
2.2. A legitimidade do Ministério Público para a resolução consensual de conflitos como decorrência do seu perfil de atuação no sistema processual coletivo brasileiro	141
2.2.1. Atuação como custos legis nas ações coletivas ajuizadas por colegitimados	141
2.2.2. Legitimidade autônoma do Ministério Público para tutela dos interesses difusos e coletivos	143
2.2.3. O princípio da obrigatoriedade.....	147
2.2.4. A ausência de obrigatoriedade de interposição de recurso contra sentenças de improcedência ou parcial procedência das ações civis públicas.....	150
2.2.5. As deliberações do Ministério Público: discricionariedade?	150
2.2.6. Princípio da independência funcional e estímulo às soluções consensuais.....	156
2.3. O consenso e a argumentação como fundamentos legitimadores das transações tomadas pelo Ministério Público	160
2.4. Instrumentos afeitos ao Ministério Público para coleta de informações e que também permitem o atendimento aos princípios da transparência, publicidade e contraditório	162
2.4.1. Poderes investigatórios, intimações e requisições.....	162
2.4.2. Inquérito civil	168
2.4.3. Demais procedimentos administrativos afeitos à investigação e adoção de diligências pelo Ministério Público.....	175
2.4.4. Controle de arquivamento, necessidade de motivação dos atos determinados e sua publicidade	178

2.4.5. A existência do “duplo grau ministerial”: possibilidade de interposição de recursos no inquérito civil.....	184
2.4.6. Audiências públicas	186
2.5. Os instrumentos afeitos ao Ministério Público que permitem a concretização das soluções consensuais dos conflitos coletivos	188
2.5.1. Compromisso de ajustamento de conduta	188
2.5.1.1. Legitimidade.....	191
2.5.1.2. Objeto do ajustamento de conduta.....	193
2.5.1.2.1. Ajustamento de conduta envolvendo a responsabilização por atos de improbidade administrativa	195
2.5.1.2.2. Derrogação do art. 17, §1º: possibilidade de acordos e transações versando sobre as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa.....	197
2.5.1.2.3. Os “acordos de leniência” no âmbito da “operação Lava Jato”.....	203
2.5.1.3. Aspectos formais	205
2.5.1.4. Revisão e homologação dos compromissos de ajustamento de conduta tomados pelo Ministério Público	208
2.5.1.5. Publicidade	211
2.5.1.6. Vinculação dos compromissos de ajustamento de conduta tomados pelo Ministério Público em face dos demais colegitimados e interessados	213
2.5.2. Acordos judiciais	217
2.5.3. Convenções processuais nos termos de ajustamento de conduta	218
2.5.4. Recomendações administrativas	220
3. EMPREGO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS A CONTROVÉRSIAS TRANSINDIVIDUAIS.....	225
3.1. Política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público: a Resolução 118/2014 do CNMP	225
3.2. Exemplos de programas de incentivo a MASCs promovidos pelo Ministério Público	231
3.3. Meios alternativos de solução de conflitos (ADRs ou MASCs): sistemas de solução multiportas (“multidoor courthouse”)	233
3.3.1. Origem da terminologia empregada	233
3.3.2. Os meios alternativos de solução de conflitos nas reformas processuais brasileiras a partir da década de 90.....	236
3.3.3. Princípios voltados à solução consensual dos conflitos.....	240
3.4. Possibilidade de emprego dos métodos alternativos de solução de conflitos às controvérsias transindividuais: necessidade de prévio juízo de admissibilidade e adequação	242
3.5. As técnicas de composição dos litígios.....	245
3.5.1. Autotutela.....	245
3.5.2. Autocomposição	246

3.5.3. Heterocomposição	248
3.6. Os métodos alternativos de solução de conflitos tradicionais	249
3.6.1. Negociação	249
3.6.1.1. A negociação na solução de conflitos transindividuais	251
3.6.2. Mediação e Conciliação	253
3.6.2.1. Mediação	253
3.6.2.2. Processo global da mediação	255
3.6.2.3. Conciliação.....	257
3.6.2.4. Princípios da mediação e da conciliação.....	259
3.6.2.5. A mediação e a conciliação na solução de conflitos transindividuais	261
3.6.3. Arbitragem.....	266
3.6.3.1. Critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade: arbitrabilidade.....	268
3.6.3.2. Arbitragem em contratos administrativos	270
3.6.3.3. A arbitragem na solução de conflitos transindividuais	272
3.6.3.4. Coisa julgada na arbitragem coletiva	276
3.6.4. Produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência, no novo CPC brasileiro 277	
3.7. Compatibilização entre os princípios da confidencialidade (previsto para os métodos alternativos de solução de conflitos) e da publicidade dos atos praticados pelos órgãos públicos (art. 37 da Constituição)	279
3.8. Necessidade de capacitação dos membros e servidores do Ministério Público para o adequado emprego de técnicas extrajudiciais na solução dos conflitos coletivos	282
CONSIDERAÇÕES FINAIS	285
REFERÊNCIAS	293

INTRODUÇÃO

1. Atualidade e relevância do tema

Durante a década de 70, Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, cunhou a expressão “meios alternativos de solução de conflitos” (tradução de *alternative dispute resolution - ADR*¹), em decorrência da percepção de que nem todas as espécies de litígios eram eficazmente resolvidas pelo sistema processual tradicional.

Algumas situações deveriam ser encaminhadas à arbitragem, mediação ou outros mecanismos mais adaptados às especificidades de um determinado litígio, como forma de melhor proteção do direito material em questão. A partir de então, passou-se a desenvolver a ideia de uma “Justiça multiportas”², não mais se podendo reduzir a garantia do acesso à justiça pelo necessário acesso às vias jurisdicionais.

Conforme demonstrado por Mauro Cappelletti, a decisão decorrente da “justiça contenciosa” destina-se a meramente resolver o litígio como um episódio do passado, não destinado a perdurar. Neste passo, as sociedades atuais convivem com conflitos que não seriam satisfatoriamente resolvidos por esse tipo de decisão. Isso porque as relações intersubjetivas estão cada vez mais complexas e imbricadas, decorrentes da sociedade em rede³ em que vivemos, de modo que, em geral, a conservação das relações tem se mostrado necessária como forma de acarretar vantagens a toda a sociedade.

Com efeito, indivíduos e/ou entidades em conflito não raro fazem parte de um mesmo grupo ou estão presos a uma relação mais complexa entre eles. Portanto, o caráter contencioso das soluções adjudicadas necessita ser evitado, emergindo os métodos de decisão

¹ A expressão foi empregada por Frank Sander durante a *National conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*, realizada em Mineapolis, nos Estados Unidos, em 1976, posteriormente objeto de publicação sob o artigo *Varieties of dispute processing*.

² A experiência da *Multi-door Courthouse* foi igualmente sugerida em 1976 por Frank Sander, professor emérito da *Harvard Law School*.

³ Manuel Castells trata do tema, ao analisar a sociedade e a economia do início do século XXI. De acordo com o autor, o surgimento da “sociedade em rede” tornou-se possível em razão do desenvolvimento das novas tecnologias da informação que “agruparam-se em torno de redes de empresas, organizações e instituições para formar um novo paradigma sociotécnico”. Segundo a conceituação por ele apresentada: “redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio” (*A sociedade em rede*, pp. 477 e 499).

coexistencial como opção mais adequada, pois, quando frutíferos, acabam por “remendar uma situação de ruptura ou tensão”⁴, privilegiando a manutenção da boa relação entre os envolvidos.

E essas novas ideias vêm sendo progressivamente encampadas pelo direito processual brasileiro, notadamente nas duas últimas décadas, mas fundamentadas muito mais na crise do Poder Judiciário nacional, assolado pela enorme quantidade de ações e recursos que são diariamente distribuídos, do que efetivamente na necessidade de oferecimento da solução mais adequada às partes em litígio⁵. Bem ou mal, a crise do Poder Judiciário brasileiro realmente atingiu níveis alarmantes, não sendo sem razão que a necessidade de se propor “alternativas” à via judicial acabe preponderando sobre a preocupação em oferecer os meios “mais adequados” para solução dos conflitos⁶.

Diante do grave quadro de litigiosidade já apontado, os MASC’s passaram a ganhar crescente atenção no sistema processual brasileiro, podendo ser dito que essa constante projeção, por ora, atingiu seu ápice nos anos de 2015-2016, com o início da vigência da Lei 13.105, de 18 de março de 2015 (com *vacatio legis* de um ano), a qual introduziu o novo Código de Processo Civil Brasileiro, em derrogação do CPC anterior (Lei 5.869/1973), bem como da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, implementando diversas modificações na Lei de Arbitragem, e da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, denominada Lei de Mediação.

Realmente, com o novo CPC, houve modificações profundas na principiologia do processo civil brasileiro, correspondendo ao primeiro código de processo civil brasileiro

⁴ Mauro Cappelletti, *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, p. 133.

⁵ “A despeito da falta do desenvolvimento mais profundo de uma cultura de paz, a promoção do uso de mecanismos consensuais vem se intensificando. O constante fomento à conciliação insere-se no contexto de contenção de demandas ante a crise sofrida pelo assoberbado Poder Judiciário” (Fernanda Tartuce, *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar*, p. 174).

⁶ A expressão ADR adveio do sistema norte-americano: *Alternative Dispute Resolution*, de modo que poderíamos nos valer da expressão literal “Resolução Alternativa de Disputas” (RAD). Mas, no Brasil, as expressões Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) e Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos ou Controvérsias (MESCs) têm sido as mais utilizadas, muito embora – pensando além da questão de nomenclatura e partindo-se da ideia de sistema multiportas, pelo qual não se buscam meios “alternativos”, mas sim os mais “adequados” –, diversos estudiosos venham defendendo a utilização da expressão “Métodos Adequados de Solução de Conflitos” como sendo a mais precisa. Isso porque a mediação, conciliação e arbitragem não seriam propriamente “alternativas” ao sistema jurisdicional, mas as vias mais “adequadas” para solução de um determinado tipo de conflito. Contudo, por se tratar de expressão tradicional e que fora empregada na gênese dos trabalhos a respeito desse assunto que emergiram nas décadas 70 e 80 nos Estados Unidos, bem como considerando que no direito processual brasileiro vem preponderando, como motivação legislativa para regulamentação dessas técnicas, a necessidade de descongestionamento do Poder Judiciário, preferimos adotar a expressão “Meios Alternativos” no título do presente estudo.

editado durante um período democrático⁷. Neste contexto, já no art. 1º positivou-se o processo civil constitucional⁸: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil”. Além disso, como se verifica dos nove artigos seguintes, o legislador pretendeu fortalecer o contraditório, a transparência e a necessidade de fundamentação, inclusive mediante disposições claras no sentido de se ampliar o debate e a participação das partes.

Dentre os reflexos desses princípios no próprio Código, foi conferida maior liberdade às partes, em relação às legislações anteriores. Houve nítida tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil, notadamente por meio da ampliação de possibilidades dos acordos judiciais (arts. 190 e 515, §2º) e do tratamento dado aos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem), havendo expressa orientação no sentido de que “deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Além disso, permite-se a homologação judicial de acordos extrajudiciais de qualquer natureza (arts. 515, inciso III, e 725, inciso VIII).

Diante da natureza do direito processual civil, ramo do direito público, a autonomia privada, também denominada por parte da doutrina processual de *autorregramento da vontade* no processo⁹, não tem a mesma amplitude que no direito civil. Naturalmente, a negociação processual possui maiores limites, sendo seu objeto mais restrito. Porém, ainda assim, é certo que corresponde a um dos princípios estruturantes do direito processual brasileiro, sendo um elemento intensificador do caráter democrático do processo civil regido pelo CPC de 2015. Neste contexto, bastante correta a afirmação de que “o modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz,

⁷ Os códigos de processo civil anteriores, com vigência sobre todo território nacional, de 1973 e 1939, foram editados em períodos de autoritarismo. Dentre outros reflexos, nítido o intuito de valorização da manifestação de vontade dos cidadãos e consequente redução do intervencionismo estatal sobre as relações privadas.

⁸ “O novo Código, logo em sua primeira disposição, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional. Assim, longe de parecer simplesmente um enunciado, o dispositivo possui importante aplicação prática: vale de garantia eficaz contra qualquer dispositivo que contrarie a Constituição, bem como é fator de interpretação para aplicação dos dispositivos processuais. Aqui, a lei processual e a própria atividade jurisdicional em si submetem-se às normas e aos valores constitucionais, os quais lhes servem de fonte e legitimam o seu exercício, ao tempo em que impedem o autoritarismo e o abuso” (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, in: Wambier, Teresa Arruda Alvim, et. al., *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 70).

⁹ Fredie Didier Jr., *Curso*, v. 1, p. 132.

com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”¹⁰.

Também se pretendeu incluir no CPC alguma regulamentação a respeito dos métodos alternativos de solução de conflitos, especialmente da conciliação e mediação, que tiveram amplo tratamento normativo com a expressa inclusão dos conciliadores e mediadores enquanto *auxiliares da justiça* (arts. 165 a 175). No tocante à arbitragem, foi mencionada no art. 3º do CPC de 2015, cujo §1º permite tal método heterocompositivo de solução de conflitos, e delega à legislação esparsa sua regulamentação.

Neste aspecto, o CPC-73 apenas trazia disposições singelas sobre a conciliação, sem apresentar algum conceito ou mesmo delimitar seu objeto. Durante a vigência do Código anterior, havia ainda algumas disposições a respeito de tais institutos na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e na Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), mas sem que pudessem constituir um sistema legal acerca da conciliação e/ou mediação, dada a existência de múltiplas questões não tratadas por quaisquer dos citados estatutos legais.

Tanto assim que, mais recentemente, com a piora da crise por que passa o Judiciário brasileiro, foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Em síntese, a Resolução 125 pretendeu instituir a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, de modo que seu art. 1º já prescrevia que “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”¹¹.

Após a publicação do novo CPC, mas durante sua *vacatio legis*, foi editada a Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), em 26 de junho de 2015. O referido estatuto trouxe disciplina detalhada acerca da mediação, incluindo aspectos relacionados à formação de mediadores, definição da atividade do mediador e o procedimento de cada uma das modalidades ali tratadas. Por isso, em que pese haver alguns conflitos normativos entre a Lei da Mediação e o novo CPC,

¹⁰ Fredie Didier Jr., Op. Cit., p. 133.

¹¹ Em 8 de março de 2016, já próximo da data de entrada em vigor do novo Código, o texto foi alterado: “Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

“pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formados pela Resolução 125 do CNJ, pelo CPC e pela Lei de Mediação”¹².

Por outro lado, assim como o código anterior – que por razões históricas estava voltado unicamente aos litígios individuais (as ações coletivas somente se desenvolveriam no direito brasileiro a partir dos anos 80) –, o CPC-2015 também não buscou regulamentar o processo coletivo, havendo apenas pontuais menções a alguns institutos voltados à tutela coletiva. Cuida-se, uma vez mais, de um código voltado aos litígios individuais e omissos quanto à importância do processo civil coletivo, inclusive como forma de ampliação do acesso à Justiça, evitando-se repetitivas ações individuais.

No entanto, também o processo coletivo brasileiro passa por crises relacionadas à morosidade e ineficiência do Poder Judiciário.

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro é imensa, bastante ramificada e presente em todas as regiões do país. Segundo o relatório da Justiça em Números publicado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano-base de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% em relação ao ano anterior e equivaleu a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. O custo pelo serviço de Justiça, em valores nominais, foi de R\$ 387,56 por habitante.

Contudo, a quantidade de processos é ainda mais expressiva, em termos relativos. No ano de 2015, tramitaram 102 milhões de processos pelas diversas instâncias dos tribunais brasileiros¹³, finalizando-se aquele ano com 74 milhões em tramitação, o que representou 1,9 milhões (ou 3%) a mais do estoque verificado no ano anterior. Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário brasileiro, apesar do gigantismo de seu orçamento e estrutura (eram mais de 17.000 magistrados e 451.000 servidores ao todo), não consegue efetivamente dar vazão à estrondosa cifra de processos que anualmente tramitam pelas diversas cortes e instâncias do país. Ao todo, verifica-se que no ano de 2015 tramitou o equivalente a 1 processo a cada 2 habitantes, sendo que, ao final do ano, ainda continuavam em tramitação quantidade equivalente a 1 processo a cada 2,7 habitantes.

¹² Ada Pellegrini Grinover, *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC*, pp. 1-2.

¹³ Esse número representa o montante de casos que o Judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos.

No relatório Justiça em Números divulgado em 2016 (e relativo ao ano-base de 2015), o Conselho Nacional de Justiça pela primeira vez conseguiu apurar o tempo médio de tramitação de processos, sendo que, como era de se esperar, tais dados indicaram que a Justiça brasileira de fato é muito morosa: na Justiça Estadual, um processo demora aproximadamente um ano e nove meses para ser sentenciado em primeira instância na fase de conhecimento, ao passo que que a média nacional é de um ano e meio. No entanto, se considerados os processos não sentenciados, isto é, ainda pendentes de julgamento em 31 de dezembro de 2015, o tempo médio de sua tramitação era superior a três anos e dois meses, na Justiça Estadual, e de dois anos e dez meses, em todo Judiciário nacional. Mas além do tempo eventualmente dispendido nas instâncias recursais, gasta-se, ainda, entre o início da execução e eventual sentença nessa fase processual, adicionais quatro anos e quatro meses. Mais ainda: o acervo de execuções em 31 dezembro de 2015, isto é, aquelas execuções que até o final do ano não tinham sido sentenciadas e nem baixadas, apontavam processos pendentes, em média, há oito anos e onze meses (somente nessa fase).

Em relação às ações coletivas, o panorama não é diferente. Durante o final do ano de 2006, foi realizada interessante pesquisa estatística sobre as ações coletivas ajuizadas perante a Subseção Judiciária de São Paulo. Em resumo, foi constatada a propositura de 1.080 ações coletivas, das quais 837 encontravam-se em andamento, 193 arquivadas, 30 haviam sido enviadas a outras Subseções Judiciárias da Justiça Federal e 20 enviadas a outras estruturas do Poder Judiciário brasileiro. Dentre as ações que estavam em trâmite, 608 eram civis públicas, 176 populares, 5 de outros ritos e 48 cautelares. Para a pesquisa, foram analisados dados procedimentais de cada uma das ações localizadas, mediante preenchimento de formulários para posterior compilação de informações¹⁴.

Do universo de 836 processos de conhecimento verificados, 228 já estavam em andamento na segunda instância (recurso de apelação), indicando-se que tempo médio decorrido entre a propositura das 228 ações e a remessa ao Tribunal foi de 1.458,29 dias (isto é, aproximadamente quatro anos). O tempo médio de citação anotado foi de 235,11 dias (ou quase oito meses). Em média, apurou-se que, nos casos em que houve instrução, foram necessários 1.313,58 dias entre a decisão saneadora e a sentença (aproximadamente 3,6 anos). Ademais, somente entre a data de prolação das sentenças e sua remessa ao Tribunal Regional

¹⁴ Os dados e conclusões das pesquisas encontram-se publicados no artigo *Ações coletivas: análise prática*, de autoria de Ana Cristina Bandeira Lins.

Federal, foram necessários adicionais 292,88 dias (pouco menos de dez meses). Em segunda instância, o tempo médio decorrido, quando analisados os recursos até então julgados, foi de 1.428,83 dias (aproximadamente 3,9 anos).

Mas a baixa efetividade das ações coletivas na Justiça Federal de São Paulo ficou ainda mais evidenciada quando do estudo sobre as execuções em curso. Para a pesquisa, não foi localizada nenhuma ação de execução de título executivo extrajudicial. E em fase de execução de sentença definitiva, o número foi de apenas sete ações, ou seja, menos de 1% do total de ações propostas. Sendo que, nesses sete procedimentos, o prazo médio entre a propositura da ação de conhecimento e o início da execução foi de 3.081,5 dias, ou 8,44 anos.

Além disso, nota-se a existência de graves óbices estruturais relacionados à justiciabilidade dos direitos humanos de segunda geração, denominados *direitos sociais* e que tiveram grande desenvolvimento a partir da revolução industrial, com o surgimento das *sociedades de massa* e em decorrência da urbanização.

Primeiramente, há dúvidas sobre até que ponto seria possível ao Poder Judiciário conceder tutela jurisdicional para obrigar que o Poder Executivo ou o Poder Legislativo realizem determinadas prestações positivas, isto é, se estaria o Poder Judiciário autorizado a imiscuir-se no terreno da política e, substituindo o legislador ou o administrador, efetivamente determinar diretrizes para a realização concreta de determinada política pública.

Neste sentido, no dia 3 de maio de 2017, a 12ª Câmara da Seção de Direito Público desse mesmo Tribunal deu provimento ao agravo de instrumento nº 2179759-31.2016.8.26.0000, interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, reformando anterior decisão de primeiro grau que havia determinado a contratação de policiais civis diante da omissão do governo do Estado na reposição daqueles afastados por razões diversas. Segundo constou no acórdão, “não cabe ao Poder Judiciário impor a prática de políticas públicas ao Executivo, que detém a competência para estabelecer diretrizes, conforme oportunidade e conveniência”.

A isso, soma-se o fato de que o direito processual foi historicamente pensado para resolução de lides individuais, sendo a judicialização de direitos e interesses coletivos um fenômeno relativamente recente. Com efeito, basta lembrar que o código de processo civil brasileiro havia sido editado em 1973, mas a legislação coletiva remontava, principalmente, aos

anos de 1985 e 1990, com a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Sendo que mesmo o novo CPC, aprovado em 2015, deixou de tratar de procedimentos afeitos ao processo coletivo, tendo trazido apenas algumas poucas referências a um ou outro instituto da tutela processual coletiva¹⁵.

Verifica-se, deste modo, que o Poder Judiciário nem sempre será a esfera adequada para discussão ampla de políticas públicas, como o direito à moradia, saúde, educação ou mesmo segurança pública, como um todo. Isso porque as políticas públicas correspondem a um conjunto heterogêneo de medidas e planejamentos, envolvendo a elaboração de leis programáticas, leis orçamentárias, além da execução de receitas públicas. Difícil incumbir ao Poder Judiciário a substituição do legislador na elaboração dos planos diretores das cidades, zoneamentos, reorganização de institutos jurídicos e elaboração de políticas assistências voltadas à moradia. Evidente que conseguirá pressionar os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração e execução de políticas públicas, mas se mantida a inércia e omissão destes últimos, dificilmente poderá substituí-los integralmente.

Não por outra razão, diversos estudos vêm concluindo que a justiciabilidade dos direitos sociais acaba, paradoxalmente, levando a uma situação de grave desigualdade, determinando que o poder público desloque recursos de políticas universais para satisfação de alguns poucos interesses individuais. Trata-se daquilo que se denomina “crítica da capacidade institucional” do Poder Judiciário para dar respostas satisfatórias aos conflitos distributivos, notadamente quando há determinações de obrigações de fazer à administração pública¹⁶.

Na América Latina, importante obra sobre o assunto é aquela editada por Abramovich e Courtis¹⁷, os quais, embora favoráveis à justiciabilidade dos direitos sociais, lembram que a realização e proteção de direitos sempre custam dinheiro, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais. É certo que algumas realizações são menos onerosas que

¹⁵ Hugo Nigro Mazzilli lamenta essa opção do legislador. Segundo entende, “o Código de Processo Civil de 2015, embora sem disciplinar o processo coletivo, preocupou-se com a lide coletiva”. No entanto, ao deixar de tratar profundamente sobre questões do processo coletivo, “perdeu a oportunidade de ser uma lei atual, que disciplinasse de forma orgânica tanto o processo individual como o coletivo. Perdeu até mesmo ocasião de corrigir os principais defeitos vigentes, já testados e reconhecidos, em matéria de tutela coletiva. (...) Nasceu obsoleto, (...) fadado a remendos e a ser refeito em breve” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 29. ed., pp. 164-165).

¹⁶ “O juiz brasileiro não tem ferramentas nem flexibilidade para emitir uma decisão nos moldes das *injunctions*, que possibilitam aos juizes americanos negociarem com as partes como será implementada a decisão. Dessa forma, ainda que o magistrado reconheça que o direito está sendo violado, ele não consegue operar de forma adequada nesses pedidos e acaba decidindo o conflito com base no ‘tudo ou nada’. (...) ou concede o pedido e intervém na política do Estado; ou afasta-o sustentando que não cabem intervenções na discricionariedade dos Poderes Públicos” (Carolina Martins Marinho, *Justiciabilidade dos direitos sociais*, pp. 36 e 106-107).

¹⁷ *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 23.

outras, como costumam ser aquelas relacionadas com deveres negativos do Estado. Mas todo e qualquer atendimento a direitos demanda provisões orçamentárias, por menor que seja ou por mais implementada que já tenho sido.

Em suma, as ações coletivas acabam por enfrentar diversos óbices no sistema processual brasileiro, relacionados não apenas ao excesso de processos judiciais em curso no país, o que gera congestionamento e lentidão, mas também à falta de estrutura técnica do Poder Judiciário, insuficiências procedimentais e, principalmente, complexidades afeitas ao próprio direito material coletivo debatido em juízo.

Diante da crise e dos óbices acima mencionados, propõe-se o aprimoramento e adequação do Ministério Público enquanto agente resolutivo dos conflitos coletivos, tendo em vista seu atual protagonismo na tutela dos interesses transindividuais e que a evolução da instituição nas últimas décadas caminha para esse sentido, tanto que atualmente dispõe de diversos instrumentos democraticamente legítimos para a concretização de soluções consensuais no plano extrajudicial.

Em 2012, sensível à necessidade de se intensificar a utilização de meios alternativos de solução de conflitos na tutela dos interesses e direitos transindividuais, o Conselho Nacional do Ministério Público firmou o acordo de cooperação técnica 14/2012 junto ao Ministério da Justiça, tendo como objeto “a conjunção de esforços dos partícipes no sentido de desenvolvimento de uma política de democratização do acesso à justiça por meio da realização de cursos de Aperfeiçoamento em Técnicas de Mediação e Composição de Conflitos e de Direitos Humanos”. Dentre as metas traçadas na Cláusula Segundo do acordo, está a “realização de atividades que possibilitem a construção de uma nova cultura à pacificação dos conflitos já judicializados ou não”.

E, na sequência, apontando como justificativas “a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável”, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, dispondo sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público. Na Resolução 118, houve referência às seguintes práticas autocompositivas no âmbito do Ministério Público: a) negociação; b) mediação; c) conciliação; d) práticas restaurativas; e e) convenções processuais.

Em continuidade a essas tendências, podendo-se afirmar que atualmente existe uma verdadeira Política do Estado brasileiro voltada a praticas restaurativas e autocomposição, no dia 8 de setembro de 2017 foram publicadas, no diário eletrônico do CNMP, as Resoluções 179, de 26 de julho de 2017, e 181, de 7 de agosto de 2017.

A Resolução 179 tratou do procedimento de tomada do compromisso de ajustamento de conduta, prevendo, em linhas gerais, diretrizes a respeito do seu conteúdo. Dentre os fundamentos da Resolução, constou a sua acentuada utilidade como instrumento de redução da litigiosidade, “visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea”. Além disso, foi ressaltada a “conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público para promoção da justiça e redução da litigiosidade”.

Já a Resolução 181 tratou da nova regulamentação do procedimento investigatório criminal (“PIC”) no âmbito do Ministério Público, substituindo e revogando a anterior Resolução 13, de 2 de outubro de 2006. De início, salta aos olhos a mudança do contexto doutrinário e jurisprudencial estampada nas considerações de cada uma delas, o que muito bem reflete as mudanças no contexto histórico do direito processual brasileiro que separam essas duas Resoluções, no curto, mas crucial, período compreendido entre os anos de 2006 e 2017. Como já adiantado nesta introdução, esse novo contexto permeará todo o trabalho que segue, e envolve justamente a adoção de novas técnicas e institutos processuais, agora efetivamente voltados à resolução autocompositiva dos conflitos, sejam de ordem privada ou pública; ou, melhor dizendo, sejam de ordem individual ou coletiva¹⁸.

Diante de tal ordem de considerações, a Resolução 181/2017 trouxe diretrizes não apenas sobre o procedimento das investigações, em seu aspecto burocrático, mas também expressamente previu a atuação dos promotores de Justiça com relação às vítimas, devendo esclarecê-las sobre seus direitos materiais e processuais e velar pela sua segurança, e ineditamente regulamentou o *plea bargain* no direito brasileiro, no que ficou denominado de

¹⁸ O promotor de Justiça mineiro Gregório Assagra de Almeida muito bem defendeu a tese de que a Constituição de 1988 adotou distinta dicotomia que não a tradicional *summa divisio* direito privado e direito público. Conforme propõe, a Constituição na realidade se baseia em uma nova *summa divisio* entre categorias que podem ser denominadas de direitos individuais e direitos coletivos (*Direito material coletivo. Superação da summa divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*).

“acordo de não-persecução penal”. Pretendeu-se, evidentemente, inserir-se técnicas de resolução autocompositiva dos conflitos também em sede criminal, como alternativa ao custoso e ineficiente processo penal judicial.

Tem havido, como se nota, enorme evolução na atuação do Ministério Público, atendendo-se aos ditames na nova ordem constituição. Porém, apesar do quadro normativo acima descrito, ainda há grande enfoque nas soluções judiciais por parte dos órgãos de execução do *Parquet* brasileiro.

No ano de 2015, em todo Brasil, foram instaurados 260.413 inquéritos civis e procedimentos preparatórios (afeitos, portanto, somente a tutela de direitos transindividuais, desconsiderando a atuação ministerial no âmbito criminal e individual) e finalizados 233.682, ou seja, 89,7%. A partir desses procedimentos, houve 93.386 arquivamentos e 45.754 petições iniciais, mas somente 9.756 recomendações e 18.482 termos de ajustamento de conduta¹⁹. Em relação à tutela de direitos individuais indisponíveis, foram instaurados outros 229.740 procedimentos administrativos, culminando com 169.752 arquivamentos, 32.417 petições iniciais, 4.171 recomendações e 2.423 termos de ajustamento de conduta²⁰.

O resultado, portanto, foi de aproximadamente 500 mil procedimentos instaurados, cujos resultados ainda equivalem a um índice de judicialização superior ao de resoluções consensuadas refletidas em recomendações e termos de ajustamento de conduta. Neste contexto, vislumbra-se que uma determinada controvérsia que poderia ter sido solucionada ao final do inquérito civil, por meio da tomada de compromisso de ajustamento de conduta, por exemplo, ficará arrastada ao longo do tempo, sendo que, após a solução adjudicada, ainda haverá alta probabilidade de permanente insatisfação dos envolvidos.

Em relação ao Ministério Público, tais procedimentos culminam com nítido prejuízo da boa atuação funcional e do atendimento às demais questões sociais sob tutela da instituição. Não raro, vislumbram-se promotorias de Justiça assoberbadas de procedimentos, os quais levam anos, às vezes décadas, para serem concluídos. Trata-se, no Estado de São Paulo,

¹⁹ *Ministério Público: um retrato*, publicado em 2016 pelo Conselho Nacional do Ministério Público, p. 46.

²⁰ *Ibidem*, p. 50.

de circunstância comum de ser observada, também em razão do reduzido número de promotores de Justiça e servidores no Estado²¹.

Assim sendo, faz-se necessária uma releitura do modo de atuação do Ministério Público, a fim de que os (escassos) recursos públicos destinados à instituição sejam despendidos com maior eficiência em favor da população. As técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos coletivos, neste aspecto, mostram-se um importante instrumento de efetivação dos direitos e interesses coletivos.

Se até a década de 70 a instituição estava completamente voltada à tutela da legalidade do Poder Público, o Ministério Público a partir da Constituição de 1988 deve preocupar-se com os objetivos da República e a tutela de direitos fundamentais, caracterizando-se, para tanto, como uma instituição autônoma e independente, essencial à função jurisdicional. Mais do que em qualquer outro momento histórico de nosso país, o modelo de “Ministério Público demandista” deve ser substituído pelo “Ministério Público resolutivo”, no que se refere às três grandes áreas de atuação do *Parquet*: cível, criminal e interesses difusos.

O foco do trabalho ora apresentado guarda relação com esta terceira área de atuação, com pesquisa direcionada à obtenção de propostas de alterações hermenêuticas e legislativas, sempre tendo como foco a ampliação das soluções coexistenciais no âmbito do processo coletivo brasileiro e a premissa de que o Ministério Público deve, cada vez mais, incorporar em seu perfil o papel de “represente adequado” das questões transindividuais.

Assim, será defendida a tese de que, enquanto órgão representativo da sociedade brasileira e também encarregado de promover os objetivos da República contidos no art. 3º da Constituição, cabe ao Ministério Público²², diante de todo o quadro normativo atual, buscar identificar quais as técnicas mais adequadas à tutela dos direitos coletivos, conforme as

²¹. Em 2015, havia 10.874 membros e 23.033 servidores atuando em todos os Ministérios Públicos do Brasil, indicando 5,7 membros a cada 100 mil habitantes. Entretanto, a disparidade regional era gritante: no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a proporção era de 14,82 membros da instituição a cada 100 mil habitantes, encabeçando o *ranking* nacional nesse aspecto, enquanto, no Estado de São Paulo, a mesma população tem a sua disposição somente 4,74 membros, abaixo da média nacional e colocando o *Parquet* estadual na quinta pior proporção do país (Ibdem, pp. 31-36).

²² Embora também aplicáveis a todos os ramos do Ministério Público, necessário pontuar que as questões tratadas no presente estudo estão focadas na atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público Federal (que preponderantemente atuam sobre a denominada Justiça Comum Estadual ou Federal), não se buscando enfrentar eventuais temas decorrentes das especificidades da atuação do Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Eleitoral e Ministério Público Militar (com atuação sobre os respectivos ramos da Justiça Especial).

especificidades de cada situação, sejam técnicas extrajudiciais ou judiciais, a depender sempre do caso concreto.

Para tanto, de modo a se permitir a maior eficiência por meio de técnicas extrajudiciais, faz-se necessária a revisitação de questões como a indisponibilidade dos interesses transindividuais e a consequente possibilidade de transação quanto a esses interesses. Não é mais possível simplesmente se obstar todo e qualquer tipo de acordo nos procedimentos envolvendo interesses e direitos coletivos, pois não raro tal solução se mostrará mais eficiente do que o encaminhamento às vias judiciais. Além disso, a prática vem demonstrando que algumas técnicas surgiram ou bastante se desenvolveram a partir da tutela coletiva (e.g., inquérito civil, audiência pública, compromisso de ajustamento de conduta, dentre outras).

2. Organização e desenvolvimento

O trabalho foi subdividido em três capítulos, a partir das ideias já apresentadas nesta introdução.

No primeiro capítulo, buscou-se verificar quais as principais teorias relacionadas à possibilidade e aos limites dos acordos envolvendo direitos e interesses coletivos. A partir das tradicionais noções da indisponibilidade do interesse público, afirmava-se ser vedada qualquer espécie de negociação a respeito dos direitos difusos e coletivos, os quais deteriam ao menos parcela do interesse público. Todavia, diante das recentes modificações legislativas voltadas à autocomposição no âmbito do direito criminal, administrativo e das práticas de *compliance*, necessária uma nova leitura a respeito do tema, justificando as transações que, na prática, já estão ocorrendo em todo Brasil.

O segundo capítulo, por sua vez, contém os fundamentos pelos quais reputamos recair sobre o Ministério Público a legitimidade e representatividade adequada para tratar a respeito dos interesses e direitos coletivos de modo eficiente, inclusive negociando sobre sua concreta interpretação, quando assim for necessário, de modo razoável e proporcional. No contexto social, político e jurídico brasileiro, a legitimidade de suas decisões (necessariamente motivadas e sujeitas a reexame necessário) e a publicidade dos procedimentos e atos administrativos afeitos à instituição indicam que ao Ministério Público é permitida a celebração de acordos no âmbito da tutela de interesses e direitos coletivos, de modo a implicar, inclusive, concessões recíprocas (transação), sempre que esse caminho se mostrar o mais adequado à

tutela do direito coletivo no caso concreto. Além disso, foram abordados temas envolvendo os principais instrumentos de concretização das soluções consensuadas mediante intermediação do Ministério Público (o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação administrativa e as audiências públicas).

O terceiro capítulo apresenta as linhas gerais a respeito dos meios alternativos de solução de conflitos mais conhecidos (mediação, conciliação e arbitragem), para, em conjunto com a negociação, serem analisados à luz da tutela coletiva. Quer dizer, intenta-se, após definidas as balizas para possíveis transações e a legitimidade para sua tomada, verificar como tais métodos de solução de conflitos poderiam ser empregados no âmbito da proteção dos direitos transindividuais. Apesar do amplo potencial de cada um dos métodos alternativos de solução de controvérsias citados, o Ministério Público brasileiro ainda não dispõe de real interesse e nem capacitação suficiente voltados a sua utilização.

1. TRANSAÇÕES ENVOLVENDO INTERESSES E DIREITOS COLETIVOS

1.1. Direitos indisponíveis e processo: panorama geral

Plácido e Silva, em conhecida obra de referência, afirma que, no sentido jurídico, *indisponibilidade* “exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas nem alheadas sob qualquer pretexto”²³. Já ao tratar sobre o termo *indisponível*, cita J.J. Calmon de Passos para asseverar que indisponível é o “direito do qual o titular dele não pode abdicar”²⁴.

Sob a ótica do direito objetivo²⁵, há certos interesses que são entendidos como mais relevantes que outros pelo Estado, pois guardam relação com a sobrevivência e a manutenção da sociedade. Diz-se, então, que estão submetidos a normas cogentes, enquanto os demais gozam de disponibilidade, podendo ser denominadas dispositivas as normas a eles relacionados. “A maior ou menor força obrigatória das normas e direito objetivo produz mais uma distinção entre direito absoluto (ou coativo, ou imperativo, *jus cogens*) e direito dispositivo (ou permissivo, supletivo, subsidiário, indicativo)”²⁶.

Conforme conhecido adágio romano, as partes não podem, por meio de convenção, evitar a incidência das normas cogentes (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*), estando justamente aí o cerne da indisponibilidade dos direitos e obrigações submetidos a normas cogentes. Com efeito, no sentido ali pretendido, o emprego do termo *jus publicum* pelos romanos remete ao atual conceito de direito cogente²⁷, referindo-se aos interesses de toda a sociedade, os quais, desta forma, são de obrigatória observância por todos²⁸.

²³ De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 733.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Apesar das inúmeras questões e debates que giram ao entorno da dicotomia direito objetivo e direito subjetivo, cujos contornos ultrapassam os propósitos do presente estudo, por *direito objetivo* pode-se entender o aspecto da norma voltada ao comando estatal por ela determinado, isto é, refere-se ao conjunto de regras impostas pelo Estado, de caráter geral e também denominado *norma agendi*. Já pelo aspecto *subjetivo*, está-se a referir à faculdade dos indivíduos em satisfazerem as pretensões e praticar determinados atos em conformidade com esse conjunto de regras. Como descrito por Luigi Ferri, constitui “um poder de agir e de exigir determinado comportamento para a realização de um interesse, pressupondo a existência de uma relação jurídica. Seu fundamento é a autonomia dos sujeitos” (*L'autonomia privata*, p. 249).

²⁶ Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, p. 180.

²⁷ Vera Lúcia Viegas, *Ius cogens e o tema da nulidade dos tratados*, p. 182.

²⁸ Thomas Marky, *Curso elementar de direito romano*, p. 16.

No entanto, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “não existe um critério objetivo e apriorístico para a identificação das leis que têm essa característica cogente”²⁹, de modo que nem sempre haverá situações em que o legislador disporá claramente sobre o assunto. Eventualmente, as normas ocuparão zona fronteira, não sendo possível, sem alguma dificuldade, identificar se são cogentes ou não. Nesses últimos casos, “a experiência técnica do jurisconsulto é que as qualificará devidamente”³⁰.

Da mesma forma, Miguel Reale bem anotava que a identificação das normas enquanto cogentes às vezes eram assim definidas pelo próprio legislador, como nos casos em que se imputa a sanção de invalidade no caso de sua inobservância, mas também pode decorrer do próprio contexto em que inseridas, sendo que, outras vezes, o seu reconhecimento é fruto de doutrina ou jurisprudência. Como traço distintivo, porém, afirmou que, no tocante à regra cogente, “não poderemos, jamais, estabelecer a alternativa da ação, ou seja, a faculdade de fazer ou não fazer”³¹.

No entanto, analisando-se as normas sob seu viés subjetivo, ou seja, enquanto autorizativa de determinadas condutas ou exigências por parte dos indivíduos em razão da indisponibilidade, essa última característica está presente quando não se pode criar ou extinguir determinado direito ou transmiti-lo da esfera jurídica de seu titular para a esfera de outrem, em razão de atos de vontade:

afirma-se, com acerto inegável, em doutrina, a *indisponibilidade* de determinados direitos cujo nascimento e extinção independem, totalmente, da manifestação de vontade dos respectivos titulares³².

Assim, como o titular não tem poder de disposição sobre tais direitos, são denominados *indisponíveis*. Portanto, a titularidade de um interesse ou direito nem sempre autorizará o livre exercício do poder de disposição sobre ele.

A indisponibilidade pode recair sobre bens e direitos de acordo com (i) a própria natureza do bem (e.g., a água do mar ou o ar), (ii) em razão da vontade do legislador (e.g., art. 100 do código civil, sobre inalienabilidade de bens públicos de uso comum do povo e uso especial), ou (iii) então em virtude da vontade do seu titular (e.g., cláusula de inalienabilidade

²⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, p. 107.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, pp. 132-133.

³² “Indisponibilidade”, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, p. 477.

referida no art. 1.848 do código civil brasileiro, que trata sobre a possibilidade de inclusão de tal cláusula em testamentos).

Nessa linha, a doutrina menciona que se podem identificar basicamente razões objetivas e razões subjetivas para a indisponibilidade³³. No primeiro grupo de hipóteses, verifica-se que a própria natureza de determinados interesses ou direitos poderá impedir sua livre disposição, ainda que haja interesse legítimo do titular, por isso sua denominação de *indisponibilidade objetiva*.

Vicente Ráo lembra que se consideram *extra commercium* “os bens que por sua natureza são insuscetíveis de serem objeto de relações ou situações de direito e os bens expressamente retirados, por lei ou permissão da lei, de circulação, em virtude de sua inalienabilidade”³⁴. A inalienabilidade retira do titular de um determinado direito, seja material ou imaterial, o poder de dele dispor.

Porém, haverá situações em que, embora a natureza do interesse ou direito, por si só, não impeça a sua disposição, determinadas características pessoais do titular ou do representante acarretarão restrições ao poder de disposição, motivo pelo qual se tratará, então, da chamada *indisponibilidade subjetiva*.

Acatando essa dicotomia, Antônio Cláudio da Costa Machado aponta a existência de indisponibilidade objetiva e indisponibilidade subjetiva: “os direitos podem ser objetiva ou subjetivamente indisponíveis, o que repercute de forma direta sobre a atuação do Ministério Público e mais especificamente sobre a sua intervenção”³⁵. Entende que o legislador pode atribuir a indisponibilidade de um interesse diante de sua “intrínseca e inerente essencialidade social”³⁶. Exemplifica-se com os interesses ligados à família, ao processo eleitoral, a registros públicos. Diferente é a situação em que a lei atribui indisponibilidade geral de interesses em virtude de uma dada condição de incapacidade de seu titular. Nesse último caso, indica a razão pela qual se faz necessária a intervenção do Ministério Público em ações envolvendo incapazes.

³³ Neste sentido, Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, pp. 1.037-1.038, afirma: “se trata do poder de disposição, que sofre restrições em vista da qualidade do direito objeto da disposição das vontades. Mas nem apenas neste aspecto há inviabilidade. Às vezes, decorre a mesma da incapacidade das partes. Resta evidente que aos incapazes não se assegura ampla liberdade para eles decidirem (...)”.

³⁴ Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, p. 738.

³⁵ Antonio Claudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 64.

³⁶ Op. cit., p. 65.

Com efeito, a respeito da indisponibilidade objetiva, costumam ser citados os direitos da personalidade como sendo, por excelência, indisponíveis e, conseqüentemente, não podem ser suprimidos em virtude de sua ligação com a dignidade da pessoa humana. Além disso, interesses e direitos relacionados ao estado das pessoas, ao direito de família, ao direito sucessório de pessoa viva, ao poder familiar, às relações entre cônjuges, à filiação e às questões de ordem pública também são usualmente indicadas como exemplos de direitos indisponíveis.

A indisponibilidade recai, portanto, sobre alguns direitos inatos ao próprio ser humano, sendo destinados justamente a assegurar o gozo do seu próprio ser, físico ou espiritual. Tais direitos são caracterizados por serem absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. São exemplos os direitos à vida, ao corpo, à saúde (integridade física), bem como aqueles relacionados à integridade moral da pessoa (direito à honra, à liberdade, ao nome) ou ao direito de família (e.g., aqueles relacionados aos graus de parentesco). O art. 11 do Código Civil brasileiro, por exemplo, traz regra expressa sobre a indisponibilidade dos direitos da personalidade, assim dispondo: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Já sob o aspecto da indisponibilidade subjetiva, são diversos os fundamentos que podem justificá-la; normalmente relacionados à condição pessoal do titular ou de seu representante, configuram obstáculos à livre disposição de determinados interesses ou direitos. Nesse passo, como sabemos, os incapazes não podem dispor de seus direitos se não estiverem representados ou assistidos; os genitores não podem dispor dos bens e direitos de seus filhos, salvo se autorizados judicialmente; as pessoas casadas não podem dispor de bens imóveis, salvo se autorizados pelo consorte; da mesma forma o inventariante, que não pode dispor dos bens do espólio sem autorização judicial; dentre outras situações previstas na legislação civil.

Contudo, sob outra perspectiva, quando debatendo o tema ao comentar os efeitos da revelia (visto que o art. 320, inc. II, do CPC de 1973 já excepcionava os efeitos da revelia quando a contumácia do réu se verificasse em litígio envolvendo direitos indisponíveis), J.J. Calmon de Passos propôs o entendimento de que os direitos poderiam ser absoluta ou relativamente indisponíveis. Segundo afirmava, “a indisponibilidade é absoluta quando é o próprio bem, conteúdo do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se

vincula ao sujeito que dele é indissociável”³⁷. Por outro lado, seria relativa quando derivada de “limites fixados em lei ou convenção dos interessados”³⁸.

Ou seja, de acordo com esse raciocínio, configurariam situações de indisponibilidade relativa aqueles casos em que a lei ou as partes convencionam limitar o poder de disposição do titular sobre determinado direito, tal como ocorre com o direito de propriedade de um bem imóvel por um incapaz. Em si, esse direito é disponível, desde que a alienação se dê mediante anuência de seu representante legal. Decorre, portanto, de situações em que há limitações ou restrições à disponibilidade de determinado interesse ou direito. Justamente a “presença desses controles, a nosso ver, marca o direito com o signo da indisponibilidade relativa”³⁹. O exemplo dado pelo autor se refere à possibilidade de locação de um imóvel pelo tutor, mas a impossibilidade de venda desse mesmo bem sem autorização judicial. O direito de propriedade do incapaz não seria indisponível em termos absolutos, mas tão-somente relativo.

No âmbito do direito processual, a indisponibilidade ou disponibilidade do direito material causará algumas repercussões, dentre elas, a participação do Ministério Público como fiscal da lei (nos casos em que já não for parte) e também eventual *indisponibilidade processual* (que não se confunde com a noção de indisponibilidade do direito material).

Historicamente, o direito brasileiro previu a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no processo civil, como fiscal da ordem jurídica, nas hipóteses de indisponibilidade do direito material objeto do litígio (indisponibilidade absoluta), de ordem pública ou diante de determinadas condições pessoais de ao menos uma das partes (indisponibilidade relativa)⁴⁰. Contexto que somente recentemente veio a ser modificado, em razão da Constituição de 1988 e, mais recentemente, do novo CPC, com a necessidade de melhor racionalização da atuação ministerial. Entendemos que, em razão do atual quadro normativo, apenas as ditas hipóteses de indisponibilidade absoluta justificam a intervenção ministerial⁴¹.

³⁷ J.J. Calmon de Passos, *Comentários ao código de processo civil*, v. III, pp 408.

³⁸ Op. Cit., p. 409.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 100-101.

⁴¹ A respeito da racionalização da atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, o CNMP havia editado a Recomendação 16, de 28 de abril de 2010. No entanto, diante da necessidade de adaptação das hipóteses previstas ao novo CPC, em 5 de abril de 2016 o CNMP editou a Recomendação 34, revogando o ato anterior. No Ministério Público de São Paulo, recentemente foi designado Grupo de Trabalho pela Procuradoria-Geral de Justiça, o qual, ao final, apresentou proposta de modificação dos Atos vigentes na instituição sob o tema,

Mas além de tais questões relacionadas à indisponibilidade que incide sobre o próprio direito material, existem em nosso sistema “mecanismos de indisponibilidade estritamente processual”⁴².

Como se sabe, vigora sobre o processo civil o denominado *princípio da disponibilidade processual*, de modo que, garantida a liberdade das pessoas, elas podem decidir por elas mesmas apresentar, ou não, suas pretensões resistidas em juízo, da forma que melhor entenderem. Além disso, podem renunciar ao direito de ação ou a outras situações processuais. “Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se”⁴³. Porém, embora esse poder dispositivo seja quase que absoluto no processo civil, eventualmente sofrerá limitações em razão de opções legislativas.

Em um primeiro grupo de situações, “sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado”⁴⁴. Como exemplo, podem ser citadas as regras do art. 392 (“não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”) e do art. 345, inc. II (“a revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) o litígio versar sobre direitos indisponíveis”), ambos do CPC.

Ademais, em determinadas situações, em que as partes até possuem plena capacidade de disposição de seus bens da esfera jurídico-material, o direito processual indica a *indisponibilidade processual* como mecanismo de proteção diante das dificuldades para adequado exercício do direito de defesa em que, nesses casos, estarão submetidas as partes envolvidas. Trata-se, exemplificativamente, das regras que afastam as normais consequências da inércia no processo perante o réu citado por edital ou hora certa. De acordo com os arts. 72, inciso II, e 341, parágrafo único, do CPC, ficam afastados os efeitos principais da revelia e também do ônus de impugnação específica.

em razão do novo Código e da nova Recomendação 24/2016. Dentre as alterações previstas, foi incluída a facultatividade de intervenção nos processos cíveis em que, sendo uma das partes incapaz, o direito controvertido seja disponível e desde que não haja conflito de interesses em relação ao seu representante nos autos.

⁴² Eduardo Talamini, *A (in)disponibilidade do interesse público – Versão atualizada para o CPC/2015*, p. 280.

⁴³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil. v. I*, p. 356.

⁴⁴ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 66.

A Fazenda Pública, por sua vez, também é beneficiária de regras de indisponibilidade processual, as quais buscam impedir que eventual inércia do representante da Fazenda em juízo possa causar prejuízos ao órgão público envolvido, incluindo a possibilidade de sua sucumbência no processo. Nesse sentido, em regra, as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública estão sujeitas à remessa necessária, conforme art. 496 do CPC. Ou seja, em tais casos, independentemente de recurso fazendário, haverá devolução das questões decididas ao tribunal *ad quem*⁴⁵. Ademais, as execuções movidas contra a Fazenda Pública devem obrigatoriamente se sujeitar ao regime de precatórios (arts. 100 da Constituição e 535, §3º, inciso I, e 910, §1º, do CPC).

Por fim, ainda sob o aspecto da indisponibilidade processual, há situações em que há necessidade expressa e exclusiva de intervenção jurisdicional para autorização de determinados atos ou solução de determinadas controvérsias, isto é, hipóteses em que há indisponibilidade da própria pretensão de tutela judicial. Em regra, o legislador permite que as partes possam solucionar eventuais controvérsias sob qualquer metodologia. No entanto, poderá haver situações, a serem indicadas e eleitas pelo legislador, em que haverá obrigatoriedade de solução pela via judicial (reserva de jurisdição estatal), não podendo as partes se valerem, por exemplo, de métodos alternativos de solução de conflitos extrajudiciais, como a arbitragem⁴⁶.

Em linhas gerais, são essas as primeiras considerações que pretendíamos apresentar acerca dos direitos indisponíveis no processo civil brasileiro. Nos próximos tópicos, serão abordadas questões atinentes à indisponibilidade dos interesses transindividuais e a consequente necessidade de superação dos (a nosso ver) excessivos óbices que foram colocados à possibilidade de transação no âmbito das ações coletivas sob tal justificativa.

⁴⁵ Para a doutrina majoritária, a remessa necessária tem natureza jurídica de elemento condicional da eficácia da sentença, não se tratando de um recurso propriamente. Sobre o tema, ver Leonardo Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública em juízo*, pp. 181-185, embora o autor se filie à corrente minoritária pelo reconhecimento da natureza recursal da remessa necessária.

⁴⁶ De acordo com o art. 1º da Lei 9.307/96, somente podem ser submetidos à arbitragem “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, de modo que, sob aspecto da arbitrabilidade objetiva, e.g., não poderão ser submetidos tal meio de solução de conflitos questões envolvendo direitos de família indisponíveis. No tocante à tutela de direitos transindividuais, a Lei 8.429/92, e.g., em sua redação original, vedava acordos e transações envolvendo a responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa, excluindo, portanto, a negociação, a mediação e a conciliação.

1.2. As principais questões envolvendo a indisponibilidade dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: interesse público e legitimidade *ad causam*

1.2.1. Direitos transindividuais

Inicialmente, cabe tecermos alguns comentários sobre a terminologia utilizada pela Constituição de 1988 e pela Lei 8.078/90 ao tratarem dos *direitos e interesses* coletivos, sempre em conjunto.

De acordo com parte da doutrina, filiada a uma corrente mais tradicional, entende-se por *direito* subjetivo somente aquele *interesse* previamente reconhecido pela ordem jurídica, cujos titulares sejam previamente identificáveis. Nessa linha, somente com a positivação e o reconhecimento pela ordem jurídica é que determinados interesses transindividuais podem de fato ser denominados direitos coletivos, como aqueles todos previstos no art. 7º da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, de um modo geral, com as cartas constitucionais do período pós-Segunda Guerra Mundial, os interesses transindividuais passaram ao *status* de direitos.

Justamente com intuito de evitar tais discussões e eventualmente dificultar a concretização dos direitos coletivos, a Constituição de 1988 utiliza as duas expressões, em conjunto, quando trata da tutela dos direitos transindividuais no art. 8º, inciso II, prevendo que há legitimação dos sindicatos para defesa judicial dos *direitos e interesses* coletivos ou individuais da categoria. O art. 81 do CDC, no mesmo sentido, também menciona a possibilidade de tutela judicial coletiva de *direitos e interesses*⁴⁷.

Para fins do presente trabalho, reconhecemos a distinção entre meros interesses e direitos subjetivos de fato. Contudo, diante da enorme gama de direitos reconhecidos pela Constituição de 1988 e nossa legislação infraconstitucional, entendemos de pouca valia prática manter essa distinção⁴⁸.

⁴⁷ No entanto, nos arts. 127 e 129 da Constituição, que disciplinam as atribuições do Ministério Público, o legislador constituinte acabou por se valer apenas do termo “interesses” (interesses sociais e individuais indisponíveis, no art. 127; e interesses difusos e coletivos, no art. 129), ao pretender indicar a amplitude de atuação da instituição.

⁴⁸ A corroborar esse entendimento, citamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual não faz essa distinção terminológica, utilizando ambas as expressões de modo indistinto, como no julgamento do Recurso Especial 1.106.515/MG.

Superadas as questões terminológicas, cabe então identificar as classes de interesses transindividuais reconhecidas pela doutrina, jurisprudência e legislação nacionais.

O direito processual, historicamente, sempre teve como foco a tutela do direito subjetivo individual. Assim, a não ser hipóteses excepcionais, em regra, somente o titular do direito subjetivo tem legitimidade ativa para provocar o Estado-juiz a atuar sobre uma dada relação jurídica concreta. Por consequência, a coisa julgada somente produz efeitos entre as partes que litigaram.

No entanto, com a evolução da sociedade moderna, diversos interesses foram identificados, mas não correspondiam a direito, pois em uma fase inicial ainda não contavam com amparo do ordenamento jurídico. Além disso, tais interesses não versavam sobre o indivíduo apenas, mas a todo um grupo de pessoas, fosse ou não determinado ou determinável. Na realidade, a doutrina identificou interesses compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas que não se confundiam com o interesse público (primário) ou com interesses individuais, pois, na realidade, estavam em uma situação intermediária.

Tais interesses eram insuscetíveis de apreciação jurisdicional, visto que os sistemas processuais estavam preparados para demandas individuais, seguindo parâmetros individualistas. Os principais problemas verificados diziam respeito à legitimidade e algumas repercussões envolvendo o contraditório e coisa julgada. Nesse contexto, era necessário que a ordem jurídica reconhecesse a necessidade de que o acesso à Justiça fosse realizado de modo coletivo, havendo solução mais eficiente da lide na medida em que o processo aproveitasse a todo o grupo substituído.

A respeito dos interesses transindividuais, dentre outras características gerais, vale mencionar que: (i) a sua defesa judicial coletiva se dá por meio de legitimação extraordinária ou autônoma, a depender do interesse tutelado⁴⁹, portanto o autor da ação coletiva, em regra, defenderá, em nome próprio, interesses alheios; (ii) normalmente a destinação de eventual indenização é especial, no sentido de que tem sido destinada a um fundo fluido, de utilização flexível na reparação dos danos causados; e (iii) a coisa julgada ultrapassa

⁴⁹ Nosso entendimento é de que ao Ministério Público foi conferida legitimidade autônoma para tutela dos interesses coletivos, conforme será melhor esclarecido ao longo do capítulo 2.

os limites das partes processuais, atingindo os substituídos (coisa julgada *erga omnes* ou coisa julgada *ultra partes*).

No direito brasileiro, a defesa dos direitos transindividuais recebeu importante tratamento sistemático pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que passou a distingui-los conforme sua origem: difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81).

De acordo com o CDC, os interesses difusos são aqueles “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, inciso I).

Seguindo a definição contida na norma referida, como exemplo de direitos difusos podem ser citados o direito ao meio ambiente equilibrado, à segurança e à proteção do patrimônio histórico. Embora pertençam a todos, os direitos difusos não podem ser quantificados ou divididos entre os membros da coletividade, porque são indivisíveis. Isto é, são insuscetíveis de apropriação exclusiva. Ademais, seus titulares, que são indeterminados ou de difícil determinação, estão ligados entre si por força de circunstâncias fáticas e não em razão de uma relação jurídica.

Conforme Rodolfo de Carmargo Mancuso, são características dos direitos difusos: (i) indeterminação dos sujeitos, pois não há vínculos jurídicos que os agreguem. “Estão aglutinados ocasionalmente, em virtude de certas contingências”⁵⁰; (ii) insuscetibilidade de divisão ou atribuição a pessoas determinadas; (iii) intensa litigiosidade interna, tendo em vista que normalmente há choque entre os interesses dos envolvidos; e (iv) duração efêmera e contingencial, visto que se originam de situações de fato, podendo, portanto, serem alteradas a qualquer momento.

Nessa linha, Susana Henriques da Costa bem entendeu que “os interesses difusos são fluidos e dispersos por toda uma coletividade. Os beneficiados pela sua proteção ou atingidos pela sua lesão são indeterminados”⁵¹.

No entanto, apesar de tais características, é possível verificar que os membros da coletividade individualmente fruem de algum benefício sensível e direto pelo gozo do direito difuso. Como exemplo, é possível indiciar a pureza da água de um rio, que assim permite que

⁵⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos*, pp. 173-175.

⁵¹ Susana Henriques da Costa, *O processo coletivo*, p. 49.

todos os membros da coletividade envolvidos possam tomar água do rio ou se alimentar de seus peixes sem riscos de contaminação. Da mesma forma, eventuais danos a tais interesses serão concretamente percebidos por cada um dos membros da coletividade envolvida.

Já os direitos coletivos são menos dispersos. Referem-se a grupo específicos, embora os beneficiários continuem indeterminados, mas determináveis em função do vínculo jurídico que os une. Ou seja, “a indivisibilidade do objeto e dispersão de titularidade se dá entre os componentes de um determinado grupo, categoria ou classe”, e não mais “em relação a todos os integrantes do tecido social”⁵². Relacionam-se com grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por razões jurídicas. Possuem “natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC).

Logo, o interesse não é de titularidade de nenhum dos membros individualmente. Todavia, sua proteção interessa a todos da mesma forma que eventual lesão prejudicaria a todos indistintamente. Citam-se como exemplos de interesses coletivos os interesses de categorias profissionais, associações de estudantes, etc.

A principal característica dos interesses coletivos reside no vínculo jurídico comum que une seus membros e permite a identificação do grupo, pois, como visto, os interesses difusos decorrem de uma situação de fato. Mas, da mesma forma, verifica-se que os membros do grupo percebem fruição direta de um benefício fático, como na hipótese de extensão de uma determinada gratificação financeira a toda a uma classe de servidores públicos.

Por último, à semelhança das *class actions for damages* do direito norte-americano, o CDC também previu a tutela dos interesses individuais homogêneos, caracterizados pela “origem comum” (art. 81, parágrafo único, inciso III).

Foram definidos por Barbosa Moreira como “acidentalmente coletivos”⁵³, visto que seus titulares não são indeterminados e seu objeto não é indivisível. Trata-se, na verdade, de um conjunto de interesses individuais homogêneos e que, por questões de economia processual, são passíveis de serem tutelados de modo coletivo, evitando-se inclusive decisões contraditórias. Por isso é que não são “essencialmente” coletivos, mas “acidentalmente”.

⁵² José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de Justiça*, p. 152.

⁵³ Barbosa Moreira, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 57.

Cabe ressaltar que nas ações coletivas (e.g., ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo) frequentemente se discutem interesses de mais de uma espécie, tendo em vista que nosso sistema processual admite a cumulação de pedidos, sendo que de uma única relação jurídica ou de uma mesma combinação de fatos podem derivar diversos interesses transindividuais⁵⁴.

Como bem exemplifica Hugo Nigro Mazzilli, “um aumento ilegal de prestações num consórcio envolve, ao mesmo tempo, uma lesão a interesses coletivos, no que diz respeito à própria ilegalidade do aumento, e uma lesão a interesses divisíveis, no que diz respeito à restituição de eventuais valores pagos a mais”⁵⁵.

1.2.2. Os argumentos a favor da indisponibilidade

Tradicionalmente, os direitos coletivos sempre foram considerados indisponíveis pela doutrina brasileira, sendo que os fundamentos para se justificar a indisponibilidade dos interesses discutidos em ações coletivas decorrem basicamente de dois fatores.

O primeiro, relacionado com a natureza do próprio direito material em questão, parte da noção de que os direitos ou interesses discutidos, por serem transindividuais, acabam por transcender à esfera individual do legitimado ativo e concernem a valores superiores, relacionados à defesa do patrimônio cultural, coletiva dos consumidores, do meio ambiente, etc., de modo que, assim sendo, devem ser considerados indisponíveis pelo legitimado ativo⁵⁶. Isto é, argumenta-se, aqui, a favor da indisponibilidade material absoluta dos interesses transindividuais.

A partir de tais ideias, e considerando que os interesses transindividuais possuem como base o interesse público, os adeptos dessa corrente doutrinária concluem que também esses interesses seriam indisponíveis.

Além disso, envolvendo valores essenciais para a ordem jurídica, a proteção aos interesses transindividuais seria necessária como forma de se observar a ordem pública, de modo que igualmente por essa ótica deveriam ser considerados indisponíveis. Nesse sentido, aponta Fernando Grella Vieira que, “portanto, a indisponibilidade é característica sempre

⁵⁴ Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 102.

⁵⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 60.

⁵⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, p. 311.

presente nos interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, bem como na defesa coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos⁵⁷.

A segunda ordem de fundamentação dessa indisponibilidade relaciona-se com o aspecto processual da legitimidade ativa. Uma vez que não há identidade entre o titular dos direitos, os interesses coletivos debatidos e aquele legitimado à sua defesa em juízo⁵⁸, não poderia este último dispor de tais direitos ou interesses, renunciando a tais interesses ou a parte deles:

quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual. Como consequência, não pode o substituto (processual) praticar ato algum que, direta ou indiretamente, importe disposição do direito material, que não lhe pertence⁵⁹.

Para os adeptos de tais entendimentos, os direitos transindividuais jamais poderiam ser objeto de renúncia ou transação, cabendo ao Ministério Público zelar para que o direito em questão fosse a qualquer custo preservado.

Todavia, desde já antecipamos que não concordamos com a ideia de indisponibilidade absoluta dos direitos transindividuais, pois, diante da evolução da legislação, da doutrina e da jurisprudência envolvendo a tutela dos direitos transindividuais, cada uma dessas premissas tem sido pouco a pouco flexibilizadas, rumo à crescente solução consensual dos conflitos coletivos. Nesse contexto, é preciso analisar quais os óbices e limites das soluções consensuais.

1.2.3. Desconstrução da ideia de supremacia do interesse público como fundamento para a indisponibilidade dos interesses transindividuais

A ideia de interesse público há muito tempo é utilizada pelo direito ao apresentar a dicotomia interesse público e interesse privado. O termo *público*, apesar de suas diversas acepções, acaba por remeter ao conceito de Estado, o qual, por sua vez, está relacionado com a busca do *bem comum*. Com o termo público, portanto, tradicionalmente acaba-se por identificar interesses comuns e compartilhados pelas pessoas e organizações. De fato, a sua própria origem

⁵⁷ Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, p. 267.

⁵⁸ O que se dá por substituição processual, segundo a doutrina majoritária, caracterizando legitimidade extraordinária.

⁵⁹ Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, p. 146.

semântica assim indica: o verbo *publicar* tem origem latina, significando “tornar público”. Ademais *publicus* quer dizer “relativo ao povo” e *populus*, “povo”.

Ao investigar a evolução das acepções envolvendo o interesse público, Martín Haerberlin indica que o debate envolvendo os conceitos de interesse público e bem comum permite que sejam identificadas ao menos três posições: (i) a primeira, predominante na doutrina alemã, posiciona-se pela identificação de significados, na essência, entre interesse público e bem comum. Costuma-se, nessa linha, apontar o bem comum como a expressão no âmbito da Teoria do Estado e interesse público como seu equivalente no contexto do Direito do Estado. Na doutrina nacional, Maria Sylvia Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho são adeptos de tal entendimento; (ii) uma segunda, por meio da qual o bem comum seria resultado de uma ponderação com interesses públicos, isto é, havendo interesses públicos plurais, somente aqueles que reclamam seu “peso” perante o bem comum, tornando-os “interesse públicos qualificados”, é que expressariam o bem comum. Dessa corrente, são adeptos Humberto Ávila e Fábio Medina Osório, sendo a posição predominante no Brasil; e (iii) a terceira, bastante evidente no contexto norte-americano, sustenta que a ideia de bem comum teria sido superada pela de interesse público ao longo da história. Ou seja, a diferença primordial entre esses conceitos estaria concentrada em suas raízes históricas, sendo bem comum um conceito clássico, enquanto interesse público teria suas origens na inovação do liberalismo⁶⁰. Em razão dos escopos e limites do presente trabalho, adotaremos a primeira das correntes.

Apesar de sua estreita relação com o momento de sedentarização do ser humano e formação das primeiras comunidades, a ideia de bem comum, tal como a conhecemos, tem origem no momento em que crenças religiosas são substituídas por crenças não religiosas (aqui se encontrando a noção de bem comum) como fundamento de origem das cidades. Conforme Fustel de Coulanges,

A religião fora, durante longos séculos, o único princípio de governo. Era preciso encontrar novo princípio capaz de substituí-la e pudesse, como ela, reger as sociedades, colocando-as, tanto quanto possível, ao abrigo de flutuações e conflitos. O princípio sobre o qual o governo das cidades foi erigido, daí por diante, foi o do interesse público⁶¹.

Em razão desse movimento, “surgiu uma revolução política e, com ela, um florescimento cultural nas cidades que possibilitou o surgimento e desenvolvimento das

⁶⁰ Martín Haerberlin, *Uma teoria do interesse público*, pp. 36-41.

⁶¹ Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, cap. IX, p. 291.

primeiras grandes mentes (...) aptas a refletir sobre aquilo que é o bem para as pessoas”⁶². Na filosofia grega, Platão trata do bem na *República*, no debate sobre o justo agir e a Justiça, sendo esta última uma virtude e um bem a ser perseguido⁶³. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, afirma que “toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem”⁶⁴. Ambas as obras indicam as primeiras reflexões a respeito do bem comum em termos históricos.

Mas coube a Jean-Jacques Rousseau, ao explicar o *contrato social*, introduzir a ideia de *bem comum* no sentido de perseguido pela vontade geral, mas distinto dos interesses particulares. Na realidade, para o filósofo francês, o bem comum consiste justamente no ponto de distinção entre a vontade geral e a vontade de todos, pois é buscado pela primeira, enquanto a vontade de todos corresponde a uma soma de interesses particulares⁶⁵. A autoridade política somente pode ser considerada legítima quando agindo de acordo com a vontade geral e voltada para o bem comum. Com a busca do bem comum, pretende-se a preservação dos valores e dos bens que possam proporcionar a felicidade dos homens como um todo⁶⁶.

Hodiernamente, trata-se de expressão que foi bastante desenvolvida pelo direito administrativo, muito embora a conceituação de interesse público na doutrina seja bastante divergente, havendo, ainda, quem defenda tratar-se de expressão demasiadamente vaga e que não se sustenta diante das complexidades sociais da pós-modernidade⁶⁷.

Ao se tratar sobre o interesse público, é conhecida a distinção apresentada por Renato Alessi entre interesse público primário, que seria o interesse público verdadeiro e destinado ao interesse da coletividade, e interesse público secundário, correspondente aos

⁶² Martín Haeblerlin, *Uma teoria do interesse público*, pp. 43-44.

⁶³ Platão, *República*, p. 19.

⁶⁴ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 5.

⁶⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, pp. 68-69.

⁶⁶ Op. Cit., pp. 143-144.

⁶⁷ Em fundamentado trabalho sob aspecto do princípio do interesse público diante da sociologia, José Eduardo Faria pontua as seguintes críticas, tendo como ponto de observação a sociedade brasileira no início dos anos 2000: “como é possível postular-se o princípio do interesse público numa sociedade tão dividida, tão desigual, marcada por uma lógica tão oportunista (...)? Qual examinamos esse quadro do ponto de vista econômico, social e político, de uma forma muito rápida, em uma sociedade como esta, não é fácil utilizar o princípio do interesse público como uma categoria totalizadora para o sistema jurídico. Em tal sociedade verificaremos um esgarçamento do contrato social. Torna-se cada vez mais difícil trabalhar com princípios como bem comum e finalidade social da lei” (*A definição do interesse público*, p. 85).

interesses patrimoniais do Estado. Portanto, o interesse público secundário, na realidade, corresponde a um interesse particular, mas dos próprios entes estatais.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem”⁶⁸. Adotando uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletividade, sendo esta última inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de direito, chega-se à ideia conclusiva de que *interesse público* e *interesse coletivo* seriam sinônimos. Além disso, segundo expõe, haveria uma hierarquia entre o interesse público e os interesses individuais, da qual decorre a *supremacia do interesse público*, talvez o mais significativo dos princípios do direito administrativo tradicional:

trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados⁶⁹.

Para o Professor da PUC-SP, o interesse público corresponde à “dimensão pública dos interesses individuais”, quer dizer, aos interesses dos indivíduos enquanto integrantes da sociedade. Por isso, seria inconcebível um interesse público que fosse contrário a interesses dos indivíduos, embora possa eventualmente ser contrário a um dado interesse individual. O exemplo por ele apresentado refere-se à desapropriação: um indivíduo pode se colocar contrariamente à desapropriação de um determinado bem específico, em razão de seus interesses particulares. “Mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação”⁷⁰.

Alice Gonzalez Borges, por sua vez, considera a distinção entre o interesse público e o interesse individual sob perspectiva quantitativa, entendendo que são “qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade”⁷¹.

⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 61.

⁶⁹ Op. Cit., p. 60.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Alice Gonzalez Borges, *Supremacia do interesse público*, p. 10.

José Carlos Vieira de Andrade definiu o interesse público como a “manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas”⁷². E, ainda, que o interesse público dependerá da matriz política de cada governo:

um interesse de um grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido ou qualificado por uma autoridade dotada de poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de carácter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma colectividade⁷³.

Como se vê, são diversas as concepções possíveis acerca de interesse público e bem comum, tendo José Reinaldo de Lima Lopes sintetizado ao menos seis delas:

(1) como aquele bem, aquele produto que é resultado de uma ação comum; isso é um bem comum. Um exemplo acessível: a língua é um bem comum que todos nós produzimos na medida em que a falamos (...). (2) o que ninguém em particular produz individualmente, é um bem comum (...) aquilo que não é produto da ação de ninguém (...). (3) o bem como fim comum. Fins comuns são bens comuns de grupos, e mais importante, grupos humanos e sociais se constituem por terem fins comuns (...). (4) a noção de bem coletivo. Pode-se tratar como interesse público aquilo que é o bem coletivo para os economistas: bem coletivo é o bem indivisível na sua produção ou na sua fruição. Ele é indivisível porque só se pode produzi-lo em conjunto e só se pode fruí-lo em conjunto (...). (5) o bem comum é aquele conjunto de condições indispensáveis para a cooperação; isso é regra de sociedade, o objeto social. Nós nos pomos de acordo como vamos entrar com os recursos e como vamos atirar os recursos na sociedade e o que vamos fazer juntos (...). (6) a dos bens primários ou fundamentais, que são aqueles dos quais se pode usufruir individualmente, mas que só existem em condições especiais. Um exemplo citado por John Rawls, de bem fundamental, portanto precisa ser mantido para todos e, nesse sentido, é um objeto de interesse público, é o autorrespeito, a estima social; daí a proibição da discriminação e das ofensas⁷⁴.

Feitas essas indicações a respeito do interesse público, passaremos às razões pelas quais entendemos que não se pode simplesmente invocar o princípio da supremacia do interesse público como fundamento para a indisponibilidade dos interesses transindividuais.

Primeiramente, não se devem confundir as noções de interesse público e interesses transindividuais⁷⁵, sendo até mesmo possível se afirmar que o interesse público seria *gênero*, do qual os interesses gerais, difusos e coletivos seriam suas espécies. Com efeito, tais

⁷² José Carlos Vieira de Andrade, *Interesse público*, p. 275.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ José Reinaldo de Lima Lopes, *A definição do interesse público*, pp. 93-97.

⁷⁵ “O interesse público estaria ligado ao interesse do Estado exteriorizado por intermédio de ‘standards sociais, como Bem comum, Segurança Pública, Saúde Pública’, enquanto os interesses difusos estariam ligados a objetos que não são necessariamente tidos como universalmente valiosos” (José Carlos Baptista Puoli, *Comentários*, p. 323).

classes de interesses são transindividuais porque não correspondem à mera somatória de interesses individuais. Como bem apontado por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷⁶, esses interesses se diferenciam por uma escala decrescente de difusão e fluidez, bem como por serem objeto de técnicas processuais distintas. Vejamos.

O interesse geral é aquele “afeto a toda sociedade”, isto é, o interesse de toda a comunidade política, correspondendo à ideia de bem comum a que estávamos fazendo referência nos primeiros parágrafos. Não diz respeito a somente uma determinada coletividade, distinguindo-se nesse ponto dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Se comparados, será possível verificar maior fluidez e dispersão no tocante ao interesse geral. Diante dessas características, “o interesse geral abstrai da satisfação direta de algum interesse individual quando da sua efetivação”⁷⁷.

Em relação aos interesses difusos e coletivos, desdobram-se também em uma dimensão individual e, portanto, “implicam a fruição efetiva e direta de um benefício/prejuízo por parte de seus membros”⁷⁸. De acordo com José Carlos Baptista Puoli, ao buscar diferenciar os interesses difusos do interesse público,

o interesse difuso corresponde a uma manifestação concreta de um interesse metaindividual que repercute por toda a sociedade e que potencialmente pode se contrapor a outros interesses igualmente dispersos e havidos na sociedade. Se não houver tal contraposição, o interesse difuso se confundirá com um interesse público concretamente definido⁷⁹.

Como exemplo de interesse difuso e, portanto, passível de fruição pelos membros do grupo, Susana Henriques da Costa cita a poluição de um determinado rio, circunstância que prejudicará diretamente todos aqueles que fazem uso de suas águas. Distintamente, quando a polícia desbarata uma quadrilha e identifica os agentes delitivos, há benefício direto apenas da vítima. O restante da coletividade não sofrerá benefícios diretamente (somente indiretamente), muito embora o interesse geral segurança pública tenha sido atendido⁸⁰.

Portanto, sendo distintos o interesse público primário (interesse geral) e os interesses transindividuais classificados no art. 81 do CDC, não concordamos com a tese de que

⁷⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discrecionariade administrativa*, pp. 224-226.

⁷⁷ Susana Henriques da Costa, *O processo coletivo*, p. 63.

⁷⁸ Op. Cit, p. 64.

⁷⁹ José Carlos Baptista Puoli, *Comentários*, p. 323.

⁸⁰ Susana Henriques da Costa, *O processo coletivo*, p. 64.

a indisponibilidade do interesse público primário acarretaria também a indisponibilidade dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁸¹.

No tocante aos interesses coletivos em sentido estrito, é certo que até mesmo permitem a determinação de seus titulares, de modo que são transindividuais porque seu objeto é indivisível e há uma ligação entre todos os titulares que os vinculam, em conjunto, ao sucesso do interesse envolvido. O interesse geral, no entanto, não permite esse tipo de determinação quanto a seus titulares, não havendo fruição direta por nenhum deles.

Dessa forma, por não se confundirem com o interesse público, entendemos que os interesses transindividuais não podem ser compreendidos como absolutamente indisponíveis sob fundamento de que também os são os interesses públicos.

Além disso, a fundamentação da indisponibilidade do interesse público encontra seu cerne no tradicional *princípio da supremacia do interesse público*, segundo o qual sempre deveria prevalecer o *interesse público* sobre demais interesses presentes na sociedade.

Porém, esse “princípio” ou, ao menos, a lógica de sua *supremacia* devem ser considerados superados em razão da Constituição de 1988, o que também coloca em questionamento a indisponibilidade dos interesses transindividuais sob argumento de que estariam fundados no interesse público.

Como visto, o conceito de interesse público é um conceito jurídico indeterminado e subjetivo, circundado de inúmeras interpretações que levaram a utilizações abusivas e autoritárias, principalmente ao longo de nossa história. É certo que a evolução do direito administrativo brasileiro sempre se pautou pela ideia do interesse público, o qual estava relacionado ao interesse do próprio Estado. Mas principalmente a partir da Constituição de 1988, já não se mostra mais possível a definição do interesse público a partir de seu suposto titular, o Estado. Na verdade, mais do que nunca, o Estado passou à condição de intermediário, isto é, de instrumento de concretização dos vários *interesses públicos* inseridos na Carta Constitucional.

⁸¹ Diversamente, Fernando Grella Vieira afirma que “os interesses coletivos refletem interesse público primário e a indisponibilidade decorre necessariamente da sua própria natureza” (*A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 267).

Realmente, essa é uma segunda consequência da “crise” da ideia de supremacia do interesse público. Não se pode mais falar em interesse público no singular, mas no plural, como consequência da complexidade e da pluralidade da sociedade pós-moderna⁸². O interesse público não pode ser considerado apenas de um modo aritmético, isto é, como soma de interesses individuais. Historicamente, inclusive, afastou-se essa conceituação, pois o interesse público, o bem comum, deveria ser compreendido de modo distinto da mera “vontade de todos”, como mencionado por Rousseau ainda no século XVIII. Entretanto, a falta de consenso doutrinário ao longo dos últimos dois séculos demonstrou não ser possível se chegar a uma definição de interesse público satisfatória e que pudesse, efetivamente, atingir um ponto de interesse comum de todos os membros da sociedade. A não ser por meio de palavras vagas e genéricas, nunca houve definição precisa acerca do interesse público. Na verdade, isso apenas demonstra que se faz necessário reconhecer que não existe apenas um interesse público, no singular. Mas sim diversos interesses públicos, no plural, dos quais partes estão, inclusive, em conflito entre si, como consequência das sociedades plurais contemporâneas⁸³.

Nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello indica que “a estrutura do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação. Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses públicos responde a conceitos jurídicos-positivos”⁸⁴. Para tanto, adota a diferenciação entre conceito jurídico-positivo (sujeito à vigência do direito objetivo em que se apoia) e conceito lógico-jurídico (formulado com pretensão de validade comum e universal a todos os sistemas jurídicos)⁸⁵. Postas tais premissas, na sequência o autor conclui que:

não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo⁸⁶.

⁸² Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 42.

⁸³ Com razão, Gustavo Binenbojm apresenta a seguinte crítica à ideia de supremacia do interesse público: “o problema teórico nodal, ao qual adiante se retornará, encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, logo em seguida, de um princípio de supremacia do público e coletivo) sobre o particular (individual). Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Mais que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?” (*Uma teoria do direito administrativo*, p. 90).

⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 67.

⁸⁵ *Ibidem* (ver a nota de rodapé n. 47, p. 67, da obra referida).

⁸⁶ *Op. Cit.*, p. 68.

A Constituição de 1988, ao estabelecer o regime democrático, preservou os variados interesses da fragmentada sociedade brasileira, inclusive das denominadas *minorias*, estabelecendo que a Administração não pode corresponder a um valor em si mesma, devendo respeito à própria democracia e aos direitos fundamentais. Nesse passo, o Estado brasileiro passou a contemplar inúmeros bens, princípios, finalidades e interesses, os quais precisam ser acomodados pelo direito, mas sem que a proteção de alguns implique a supressão de outros, o que somente é possível por meio da ponderação.

Em sua tese de titularidade, Virgílio Afonso da Silva se propôs a teorizar sobre modelos adequados de restrição e regulamentação dos direitos fundamentais, com a intenção justamente de permitir um maior grau de proteção desses direitos. De início, rejeitou classificações anteriormente existentes a respeito dos graus de eficácia das normas constitucionais, na medida em que entende ter demonstrado que todo e qualquer direito fundamental é restringível⁸⁷, pois conclui não ser possível, de antemão, excluir da proteção dos direitos fundamentais determinadas “condutas, estados e posições jurídicas que tenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal proteção”⁸⁸.

Ou seja, a partir de uma proteção amplíssima *prima facie*, haverá a necessidade de restrição dos direitos fundamentais quando isso for necessário para evitar colisões, sendo aplicável a regra da proporcionalidade e/ou do sopesamento como forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização. Com efeito, se adotada a premissa de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo, poderão frequentemente ocorrer conflitos entre princípios e regras ou entre princípios.

Esclarece o autor que o mais adequado não é definir aprioristicamente uma noção restrita do direito fundamental envolvido, de modo a evitar o conflito pela simples e não fundamentada decisão no sentido de que aquela regra não viola o direito fundamental simplesmente porque estaria fora de seu âmbito de proteção. Com efeito, se adotada a premissa de que os direitos fundamentais possuem âmbito de proteção amplo, ao menos *prima facie*, as situações de conflito entre princípios e regras ou entre princípios demandará esforços

⁸⁷ De acordo com Virgílio Afonso da Silva, mesmo as normas tradicionalmente classificadas como normas de eficácia absoluta, na realidade, possuem alguma margem de restrição.

⁸⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 252.

argumentativos do intérprete, de modo que tal sistemática acaba por incrementar a eficácia dos direitos fundamentais, e não o contrário.

Exemplificativamente, cita o caso Ellwanger, em que o Supremo Tribunal Federal tratou dos limites do direito fundamental de liberdade de expressão e pensamento. Basicamente, é possível argumentar que os direitos fundamentais possuem limites traçados pela própria Constituição, como fez o Ministro Maurício Corrêa no voto apresentado durante o julgamento, situação então que levará à necessidade de definir, aprioristicamente, o que é e o que não é protegido. Haverá, portanto, a definição de limites imanescentes do direito fundamental (teoria interna). Situação distinta, e acatada pelo autor, seria assumir uma definição ampla, nesse momento *prima facie*, e na sequência procurar solucionar o conflito entre o direito de liberdade de expressão e a regra do direito brasileiro que proíbe a apologia ao nazismo e ao racismo (teoria externa).

Como se nota, a teoria externa permite maior incidência de conflitos entre os princípios, tendo em vista que não se poderia admitir que a eficácia de um direito fundamental simplesmente anule por completo a eficácia de uma outra norma constitucional fundamental.

Na hipótese de haver conflito entre uma regra e um princípio, diz o autor que será necessário verificar qual o princípio que fundamenta a regra, visto que, na realidade, o conflito será entre esses dois princípios (até porque não há possibilidade lógica de conflito entre princípios e regras). No caso Ellwanger, houve conflito entre o princípio da liberdade de expressão e pensamento e o princípio da dignidade humana, garantidor de que seja vedada toda e qualquer conduta racista.

Identificados os princípios e o conflito, deverá o intérprete questionar a) se a regra é adequada para fomentar o objetivo fixado; b) se a regra é necessária; e c) se a regra é proporcional em sentido estrito. Logo, a regra da proporcionalidade servirá para permitir ao intérprete que, fundamentadamente, solucione o conflito existente entre os direitos fundamentais aplicáveis.

Assim, a ideia de supremacia do interesse público mostra-se em desconformidade com a constitucionalização do direito administrativo, pois as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não devem comportar determinação *a priori* e em caráter abstrato, devendo, na realidade, serem buscadas através de ponderações proporcionais envolvendo os direitos fundamentais e as finalidades da sociedade.

Por isso, a Administração Pública deve buscar utilizar-se dessas técnicas para o necessário sopesamento entre interesses (aparentemente) colidentes, guiada pelo princípio da proporcionalidade, mas de modo a superar regras estáticas de preferência (como seria aquela de *supremacia do interesse público*), “atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão”⁸⁹. Ou seja, deparando-se com a colidência entre um interesse de ordem difusa e um interesse individual, não poderá o agente público simplesmente priorizar o primeiro e suprimir o segundo. Deve, na realidade, identificar os princípios incidentes no caso concreto e sopesá-los, de modo a alcançar uma solução proporcional e adequada ao direito:

os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual⁹⁰.

E, sendo assim, não se mostra possível entender que, *a priori*, todos os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos seriam indisponíveis como decorrência do *interesse público*, levando à conclusão de que sempre deveriam prevalecer sobre outros interesses, ainda que também garantidos constitucionalmente.

Como bem explica Rodrigo Gismondi, a classificação proposta por Alessi não pode ser vista como suficiente à afirmação de que todos os interesses públicos primários seriam, por tal razão, indisponíveis. A questão da indisponibilidade não guarda efetivamente relação direta e necessária com essa classificação. Na realidade, “o grau de disponibilização de um interesse/bem dependerá diretamente do substrato normativo que lhe dá fundamento e de sua hierarquia no ordenamento jurídico”⁹¹.

Nesse contexto, “serão absolutamente indisponíveis os interesses elencados pelo Poder Constituinte Originário como parte do núcleo duro da Constituição (cláusulas pétreas),

⁸⁹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, p. 110.

⁹⁰ Op. Cit., p. 106.

⁹¹ Rodrigo Gismondi, *Mediação pública*, p. 176.

de seus objetivos fundamentais (art. 3º, CRFB) e de todas as situações inerentes à própria existência do Estado como tal”⁹².

Logo, a eventual indisponibilidade absoluta somente poderá ser aferida a partir dos princípios constitucionais que regem cada um desses interesses, visto que, *a priori*, pode haver direitos transindividuais indisponíveis ou disponíveis, a depender justamente de sua própria natureza.

Ademais, cabe ressaltar que a tutela do interesse público não está a cargo exclusivo do Estado. Na realidade, os indivíduos têm direito subjetivo à defesa dos interesses e direitos inseridos no direito positivo como interesses públicos, sempre que houver seu descumprimento, inclusive pelo Estado. Haverá, também, situações em que um grupo de pessoas poderá sofrer as consequências da inobservância de eventual interesse público consagrado no plano normativo.

Assim, é de interesse público que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, §6º do texto constitucional (...). E é também evidente que nisto há proteção ao interesse privado de quem sofreu lesão por obra do Estado ou de quem foi por ele desapropriado, de par com a proteção do interesse público abrigado nestas normas⁹³.

Como exemplo, citamos o direito ao reajuste de matrícula escolar conforme adequados índices de correção, relativamente a um determinado grupo de alunos/pais. Sem dúvida nenhuma, estamos diante de interesses homogêneos de base comum, decorrente do contrato-tipo a que estão todos submetidos, e que inclusive justificam a atuação do Ministério Público⁹⁴. Porém, nos parece que seria realmente exagero entender como absolutamente indisponível o interesse a tal reajuste dentro de parâmetros adequados, tendo em vista que os princípios constitucionais da liberdade e livre iniciativa permitem o livre ajuste de preços, mediante acordo de vontades. Por outro lado, o direito difuso do meio ambiente equilibrado de

⁹² *Ibidem*. Partilham dessa mesma ideia Fabiana Marion Spengler (*Mediação de conflitos*) e Elisa Berton Eidt (*Autocomposição na administração pública*).

⁹³ *Op. Cit.*, p. 68.

⁹⁴ “As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal” (STF, RE 332.545-1-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/5/2005).

fato não pode ser objeto de mera deliberação entre acordo de vontades, sendo reputado indisponível por nosso sistema jurídico-constitucional.

Concordamos que “os direitos difusos *em sua maioria* referem-se a condições essenciais para o desenvolvimento do ser humano”⁹⁵, de modo que, por esse motivo, devem mesmo ser considerados absolutamente indisponíveis. Todavia, *nem todos* serão assim considerados, de modo que alguns desses interesses eventualmente não poderão ser reputados indisponíveis no seu aspecto objetivo ou absoluto.

Como bem sintetizado por Maria Sylvia di Pietro, “os interesses coletivos são, em regra, indisponíveis, mas em determinadas situações tornam-se disponíveis, podendo ser objeto até de transação; é o que ocorre quando as decisões de determinada coletividade são tomadas por maioria de votos”⁹⁶.

A respeito da flexibilização da supremacia do interesse público, cabe ainda tecer algumas considerações a partir das recentes alterações na legislação penal e administrativa brasileiras, cada vez mais voltadas à possibilidade de transação envolvendo o interesse público.

1.2.4.(In)disponibilidade do interesse público no direito administrativo

De inspiração no direito italiano, o princípio da supremacia do interesse público tradicionalmente foi aplicado no direito brasileiro, impondo ao legislador e ao administrador que atuem sempre em favor do bem comum, para a consecução da justiça social e do bem-estar coletivo⁹⁷. E relacionada à noção de interesse público, está a de sua indisponibilidade, no sentido de que, “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja”⁹⁸. Isso porque são inapropriáveis, na medida em que pertencem à coletividade e dela decorrem, não se encontrando à disposição de qualquer indivíduo. Por isso a conclusão de que os poderes atribuídos à Administração são entendidos como “poder-dever”, isto é, não podem deixar de ser exercidos sem a necessária justificativa, sob pena de responsabilização do agente por sua omissão. Nesse contexto, não pode o agente renunciar ao exercício das competências

⁹⁵ Gisele Beltrame Stucchi, *Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor*, p. 214 (grifo nosso).

⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionabilidade administrativa*, p. 225.

⁹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, pp. 31, 47 e 96-98.

⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, pp. 73-74.

legalmente conferidas, deixar de punir quando assim for legalmente previsto, malbaratar o patrimônio público, pois tais condutas ou omissões são contrárias ao interesse público⁹⁹.

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no seu art. 2º, determina que a Administração observará o princípio do interesse público (dentre os demais indicados no *caput*), indicando, para tanto, alguns critérios, inclusive o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Porém, como já antecipado acima, recentemente surgiram correntes no direito administrativo questionando os excessos decorrentes da incidência dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público e, como alternativa, propondo maior valorização de soluções consensuais. Esse movimento pelo consensualismo no direito administrativo está associado ao movimento de globalização verificado a partir do final do século passado, pois tem como um de seus reflexos a maior demanda por eficiência, inclusive dos serviços públicos estatais. Sobre o assunto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita que:

na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as fases, a consensualidade é sinal de celeridade, de precisão e de acerto – numa palavra, de eficiência – que se espera do direito em tempos de mundialização¹⁰⁰.

Essas teorias pressupõem que a sociedade pós-moderna se caracteriza pela atuação em rede, em um modelo horizontal, substituto daquele anterior modelo piramidal e autoritário, no qual o Estado estava no topo da pirâmide e ditava, unilateralmente, comandos imperativos.

Como decorrência da incrível revolução tecnológica das últimas décadas, notadamente em relação às comunicações, a sociedade passou a exigir mais dinamismo e velocidade nas decisões, sendo que os obstáculos referentes à territorialidade e soberania acabaram sendo completamente superados em razão das novas tecnologias. A própria noção de domicílio foi alterada, pois tornam-se relevantes os perfis eletrônicos, e não mais o endereço físico nas cidades. Com isso, surge a necessidade de “releitura do conceito de Estado de Direito, agora exigente de componentes relacionados a estruturas e categorias de comportamentos não

⁹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 98.

¹⁰⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Governo e Governança em Tempos de Mundialização*, p. 47.

mais isolados ou estanques, mas determinados por um mundo configurado em rede, que é interconectado e dinâmico”¹⁰¹.

Nesse contexto, em relação ao direito administrativo, pode-se afirmar que “o comando unilateral, autoritário, centralizado – em uma palavra, soberano – dá lugar a uma ordenação suavizada, descentralizada, adaptativa e frequentemente negociada”¹⁰².

Como exemplos da crescente incidência de soluções consensuais no direito administrativo nacional, podem ser citados os seguintes institutos: desapropriação amigável prevista no art. 10 do Decreto-Lei 3.365/40; contrato de gestão, citado pelo art. 37, §8º, da Constituição; os acordos possíveis durante a execução dos contratos administrativos (art. 65, inc. II, da Lei 8.666/93, art. 42 da Lei 8.987/95, art. 2º, §1º, da Lei 11.107/05); compromisso de cessação de prática de investigação do CADE (art. 53 da Lei 8.884/94); e, mais recentemente, o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção.

Chama a atenção, todavia, a inédita possibilidade de autocomposição envolvendo os conflitos em que fizerem parte pessoas jurídicas de direito público (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), conforme previsto nos arts. 32 a 40 da Lei de Mediação (Lei 11.340/15). Basicamente se previu a possibilidade de que tais entes constituam “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, as quais terão atribuição para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, avaliar a possibilidade de composição em controvérsia entre particular e a pessoa jurídica de direito público e promover a celebração de termo de ajustamento de conduta, havendo utilização de expressões como “composição”, “acordo” e “transação” para tratar das técnicas possíveis de serem regulamentadas no âmbito de cada ente (arts. 32, inc. II e §3º, e 35, *caput*).

Nessa mesma linha, o novo CPC, em vigor desde 2016, igualmente previu no art. 174 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Ademais, nos incisos do art. 174, à semelhança do art. 32 da Lei de Mediação, foram previstas hipóteses como solução de conflitos entre órgãos e entidades da

¹⁰¹ Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, *Estado de direito e Estado em rede. Um conceito em construção*, p. 379.

¹⁰² François Ost e Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, p. 24. No original: “Le commandement unilatéral, autoritaire, centralisé - souverain, en un mot - fait place à un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié”.

administração pública; avaliação de pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração; e celebração de termos de ajustamento de conduta.

Portanto, o direito brasileiro agora possui determinações expressas de que também os entes públicos devem promover a conciliação/mediação como medida preventiva aos litígios judiciais, não apenas em conflitos entre órgãos da própria administração, mas inclusive no tocante aos conflitos entre particulares e órgãos públicos.

Assim, podemos concluir que, atendidos os pressupostos presentes na Constituição e na legislação, mesmo os conflitos envolvendo o interesse público primário são passíveis – agora de modo incontestável, pois previstos expressamente na Lei de Mediação e no CPC – de acordos entre os envolvidos.

A questão não é mais discutir se é possível, ou não, a solução consensual entre os contendores sob o singelo fundamento de que o interesse público seria indisponível, mas sim quais os limites à disposição da administração para celebração de tais acordos, pois, evidentemente, não poderá o seu órgão ou agente responsável autorizar que se firmem acordos completamente desfavoráveis aos interesses da sociedade e da própria administração pública.

1.2.4.1. Arbitragem e autocomposição nos conflitos envolvendo a Administração pública: Leis 13.129/2015 e 13.140/2015

Em outubro de 2013, foram apresentados os Projetos de Lei do Senado 406/2013 (PL 7.108/2014 na Câmara dos Deputados) e 405/2013 (PL 7.169/2014 na Câmara), frutos da Comissão Temporária de Juristas designada pelo Senado Federal em 2012, a qual fora presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, com objetivo aprimorar a Lei da Arbitragem. Aprovados ambos os projetos, o primeiro foi convertido na Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, modificando a Lei 9.607/1996 (Lei da Arbitragem), e o segundo na Lei 13.140, de 26 de junho daquele mesmo ano, instituindo o Marco Legal da Mediação no Brasil.

Dando cumprimento ao intuito da Comissão em ampliar o emprego dos métodos alternativos de solução de conflitos aos entes da administração pública, como decorrência da Lei 13.129/2015, foi introduzido o §1º ao art. 1º da Lei 9.307/1996, autorizando que a arbitragem seja empregada pela administração pública, direta ou indireta, para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Contudo, apesar da inovação como regra geral, é certo que diversas leis esparsas já autorizavam a arbitragem (e conciliação) em assuntos específicos envolvendo a administração pública. Dentre outras, exemplificativamente citamos a Lei 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), cujo art. 93 permite que, nos contratos de concessão, seja eleito foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; a Lei 9.478/1998 (Lei do Petróleo), no seu art. 43, mencionando a possibilidade de conciliação e arbitragem internacionais; e a Lei 11.079/2004 (Lei das PPP's), que, no art. 11, cita a possibilidade de emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem.

Tanto que, ainda em 2006, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se pela possibilidade de emprego da arbitragem para solução de conflitos envolvendo a administração pública, no seguinte sentido:

(...) dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

(...) 11. Destarte, é assente na doutrina que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutorado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418).

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao 'foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais'¹⁰³.

Quanto ao objeto, a Lei de 1996 restringia a arbitragem para a resolução de conflitos relativos envolvendo "direitos patrimoniais disponíveis", desde que presente a "capacidade de contratar" das partes que tivessem convencionado cláusula ou compromisso

¹⁰³ STJ, 1ª Seção, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14/8/2006.

arbitral (Lei 9.307/1996, art. 1º). Em 2015, ao se estender a arbitralidade aos conflitos envolvendo a administração pública, foram mantidas essas mesmas delimitações. Portanto, passou a ser necessário entender quais seriam os direitos *públicos* patrimoniais disponíveis, principalmente em razão dos tradicionais conceitos relacionados à ideia de indisponibilidade dos interesses públicos.

Invocando os princípios da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade, Roberta Maria Rangel entende que há interesses que o Estado somente poderá tratar por meio do regime jurídico-administrativo, sendo vedada a sua submissão aos mecanismos consensuais de solução de conflitos: justamente os interesses públicos primários. Portanto, segundo suas conclusões, “os interesses públicos admitidos à composição extrajudicial são os interesses públicos secundários, que têm expressão patrimonial, estão no mercado, são disponíveis, podem ser objetos de contratação e têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros (primários) sejam satisfeitos”¹⁰⁴.

De nossa parte, entendemos que esse tipo de conclusão se aplica à arbitragem, dada a restrição expressamente contida no art. 1º da Lei 9.307/1996 (capacidade contratual, patrimonialidade e disponibilidade). Mas não em relação aos demais mecanismos de solução consensual de conflitos, que possuem objeto mais amplo, inclusive à luz da Lei 13.140/2015, a qual, distintamente da Lei de Arbitragem, não restringiu a mediação e os demais meios autocompositivos aos “direitos patrimoniais disponíveis”.

No entanto, de qualquer modo, trata-se de evidente avanço legislativo rumo ao crescente emprego de soluções consensuais no direito brasileiro, permitindo-se que até mesmo entes da administração pública possam se valer da arbitragem, além de outros métodos alternativos à via jurisdicional heterocompositiva.

Nessa linha, relacionada à crescente flexibilização legislativa sobre a tradicional ideia de indisponibilidade dos interesses públicos, cremos que a Lei 13.140/2015 trouxe ao menos outras duas importantes contribuições.

Durante o trâmite do PL 7.169/2014, foi introduzido – e ao final aprovado pelo Legislativo – o seu polêmico art. 3º, estabelecendo a possibilidade de “transação de direitos

¹⁰⁴ Roberta Maria Rangel, *As regras da lei da mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública*, pp. 270-271.

indisponíveis” e, assim, mais uma vez se rompendo o paradigma doutrinário no sentido de que haveria incompatibilidade entre direitos indisponíveis e o instituto da transação:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º. A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Sobre a viabilidade e utilidade do citado art. 3º, assim discorreu o Deputado Sergio Zveiter (então filiado ao PSD-RJ), no parecer emitido em 25 de março de 2015, perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em que figurava como relator daquele projeto:

quanto ao caput artigo 3º, vale destacar que há direitos os quais, mesmo indisponíveis, admitem algum nível de transação. Os conflitos envolvendo questões de família, ressalvados os casos de filiação, adoção, poder familiar, e invalidez do matrimônio, ou questões ambientais, são exemplos de direitos, a princípio, indisponíveis, mas que são mediados com altas taxas de êxito e de efetividade. Assim, a alteração promovida no *caput* permitirá maior abrangência da lei e evitará que experiências já existentes e satisfatórias de mediação sejam desconsideradas¹⁰⁵.

Nesse passo, verifica-se que a recente Lei 13.140/2015, na linha que defendemos nos tópicos anteriores, ampliou a possibilidade de que direitos ditos “indisponíveis” possam ser objeto de transação. Ora, por transação não se busca a mera e desmotivada renúncia de direitos, mas justamente a sua realização. Por isso, encontram-se “excluídos do espectro de abrangência da mediação os conflitos relativos a direitos *absolutamente* indisponíveis em relação aos quais nem mesmo a lei permite transação”¹⁰⁶ (grifo nosso). Mas será cabível sobre direitos indisponíveis “em que caiba alguma sorte de negociação (havendo, portanto, indisponibilidade relativa)”¹⁰⁷, inclusive envolvendo Direito de Família.

Ademais, a Lei 13.140/2015 trouxe disposições gerais sobre a autocomposição em conflitos em que figure como, ao menos uma das partes, pessoas jurídicas de direito público¹⁰⁸. Nesse contexto, não apenas a mediação, mas quaisquer métodos de solução

¹⁰⁵ Os andamentos, pareceres e substitutivos referentes ao projeto de lei 7.169/2014, que originou a Lei da Mediação, estão disponíveis em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=606627], acesso em 25/07/2017.

¹⁰⁶ Flávia Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, cap. 6.4.1.

¹⁰⁷ Op. Cit., cap. 6.4.

¹⁰⁸ Na realidade, desde ao menos 1997 há a possibilidade, decorrente de outorga legislativa, de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive judiciais, no âmbito da administração pública federal. A Lei 9.469/1997 tratava justamente dessa possibilidade, mas restringia os acordos e as transações a valores máximos (originalmente, até R\$ 50.000,00) e desde que contasse com prévia autorização pelo Advogado Geral da União ou pelos dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas. Além disso, em 2009, com a Lei dos

consensual de conflitos poderão ser empregados. Com efeito, no preâmbulo da Lei 13.140/2015 já se dispõe que o estatuto versa sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias “e” sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Circunstância que também se evidencia por sua estrutura em três capítulos distintos: “Capítulo I – Da mediação”, “Capítulo II – Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, e “Capítulo III – Disposições finais”. Assim, “fica claro que, segundo a proposta da Lei 13.140/2015, a composição na administração pública pode ocorrer pela prática da mediação e de outros meios consensuados de lidar com conflitos”¹⁰⁹.

Tal possibilidade se dará por meio da instituição de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. O CPC, da mesma forma, trata das “câmaras de mediação e conciliação” (art. 174¹¹⁰), prevendo a obrigatoriedade de sua instituição (a Lei 13.140/2015 faculta a sua criação pelos entes públicos). Quanto ao modo de funcionamento e composição das câmaras, deverão ser objeto de regulamentação por cada ente federado, sendo que a Lei 13.140/2015 cuida de alguns aspectos gerais, principalmente relacionados ao procedimento no âmbito da administração pública federal.

Interessante, ainda, que a própria lei menciona algumas situações em que é possível a utilização de métodos consensuais e inclui questões que envolvam matéria tributária, excetuando apenas “controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo” (art. 32, §4º, da Lei 13.140/2015). Dessa forma, percebe-se realmente que, de acordo com as novas tendências, deve a atuação administrativa também se voltar para o atendimento máximo da efetividade dos interesses da sociedade, sendo contrário a esse movimento que se continue a judicialização de todo e qualquer conflito envolvendo a administração pública:

A possibilidade de celebração de acordos pelo Poder Público tem a ver com o real sentido que a doutrina mais recente dá ao interesse público, uma vez que as vantagens

Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), sobreveio adicional estatuto normativo voltado à resolução consensuada de litígios envolvendo entes públicos, da administração direta e indireta. A respeito de tais legislações, além do estatuto referido, a Lei 13.140/2015 também promoveu a completa reestruturação da Lei 9.469/1997, com vistas a estimular maior número de acordos nos conflitos envolvendo a administração pública.

¹⁰⁹ Fabiana Marion Spengler, *Mediação de conflitos*, p. 191. No mesmo sentido, Rodrigo A. Odebrecht Curi Gismondi, *Mediação pública*, p. 175.

¹¹⁰ Apesar da distinta nomenclatura atribuída pelo CPC-2015 (“câmaras de mediação e conciliação”) e pela Lei 13.140/2015 (“câmaras de prevenção e resolução de conflitos”), as atribuições conferidas a tais câmaras, pelos arts. 174, incisos I, II e III, do CPC e 32, incisos I, II e III, da Lei 13.140/2015, são praticamente idênticas, indicando que se trata de um mesmo órgão e que, diante de tais atribuições, a denominação mais acertada parece ter sido aquela conferida pela lei especial.

abstraídas de uma solução consensual (agilidade, satisfação, economia, efetividade, cidadania) revertem em benefício da sociedade. Considerando que o Estado não é um fim em si mesmo, não há interesse público a se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos¹¹¹.

Também, como novidade, está previsto que o acordo firmado será considerado título executivo extrajudicial, garantindo a tais métodos de solução de conflitos a eficácia necessária para que, na prática, haja vantagens na sua eleição pelos envolvidos. Além disso, instaurado o procedimento administrativo para a resolução do conflito, o que se dará por meio de requerimento do particular ou do outro ente público interessado, haverá suspensão de prazos prescricionais (arts. 32, §3º, e 34 da Lei 13.140/2015).

A Lei ainda previu regras sobre a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos no procedimento de composição consensual dos conflitos, dispondo que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro ou para tal concorrerem (art. 40 da Lei 13.140/2015).

Como se vê, desde que observadas as regras procedimentais previstas em Lei, também os entes da administração direta ou indireta poderão transacionar nos conflitos em que estiverem envolvidos, seja em face de particulares ou outros órgãos públicos.

E a Lei 13.140/2015 expressamente permite essa transação no âmbito da tutela coletiva, pois, no art. 32, inciso III, foi também prevista a possibilidade de que, ao final, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos promova, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Ora, o termo de ajustamento de conduta está regulamentado na Lei da Ação Civil Pública e outros estatutos normativos voltados à tutela coletiva, razão pela qual efetivamente se admite que a administração possa se valer de meios alternativos de solução de conflitos nessa seara, inclusive a mediação. Com essa expressa competência conferida às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, buscase, sem dúvida alguma, ampliar a resolução consensuada de conflitos coletivos por meio da atuação direta da administração pública, o que vinha se concentrando basicamente na atuação do Ministério Público.

¹¹¹ Elisa Berton Eidt, *Autocomposição na administração pública*, p. 139.

Outrossim, ainda no que se refere à tutela coletiva, poderá haver “transação por adesão”, nos dizeres do art. 35 da Lei 13.140/2015. Isto é, a partir de uma resolução administrativa própria, prevendo requisitos e condições da transação por adesão, eventuais interessados poderão aderir, juntando prova de atendimento a tais requisitos e condições, “ainda que solucione apenas parte da controvérsia”. Para tanto, a Lei outorgou efeitos *erga omnes* à resolução administrativa, determinando que seja aplicada aos casos idênticos (art. 35, *caput*, §§1º, 2º e 3º, da Lei de Mediação). No art. 33, parágrafo único, houve textual referência à possibilidade de “mediação coletiva” de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

E ao se confirmar sua natureza de transação, a própria lei já previu que a adesão implicará “renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa”, sendo que a transação poderá ocorrer inclusive se houver ação coletiva pendente de julgamento (art. 35, §§4º e 5º).

Nesse contexto, vislumbra-se que cada vez mais a tradicional ideia de absoluta e total “indisponibilidade” dos interesses públicos vem sendo flexibilizada, havendo, na atualidade, a necessidade de novas reflexões sobre o tema, a fim de que haja a devida compatibilização da noção de interesse público com as políticas voltadas aos métodos consensuais de solução de conflitos, visto que tais políticas inclusive visam à observância de interesses públicos ao imprimir celeridade e efetividade ao processo judicial e ao processo administrativo.

1.2.5. (In)disponibilidade no processo penal

Historicamente, o direito processual penal sempre se distinguiu do processo civil em razão da indisponibilidade da ação penal, voltada ao interesse público relacionado à necessidade de adequada responsabilização do agente pela violação à norma penal. Com efeito, ao contrário do direito civil, por exemplo, o direito penal, no sentido material, somente pode ser aplicado por meio do processo penal, sendo historicamente vedado que as partes ou outras entidades possam aplicar sanções criminais a terceiros, tal como se fosse uma regra sobre direito das obrigações (e.g., multa civil ou juros moratórios, previstos como sanção pelo inadimplemento de uma obrigação civil).

Arturo Santoro e Vincenzo Manzini, lecionando sobre o código de processo penal italiano de 1930¹¹², apontavam como características do processo penal justamente “la necessità di esso per l’applicazione del diritto penale materiale, e la sua inderogabilità”¹¹³, diferenciando-se do processo civil justamente porque “invece, nel processo penale, il concetto di parte há uma significazione speciale e impropria; l’interesse che determina il processo è sempre pubblico, e la pretesa punitiva, costituente il contenuto materiale del processo, è di regola indisponibile dai soggetti del processo medesimo”¹¹⁴.

Com efeito, em razão do seu escopo de individualização da pena, a doutrina apontava um maior caráter publicístico do processo penal que justificava o princípio da indisponibilidade sobre a ação penal:

questo rilievo della pubblicità del conflitto da risolvere e della personalità del giudicabile da valutare, che è esclusivo del processo penal, ne spiega le peculiar caratteristiche, che lo differenziano nettamente dal processo civile. Si delinea, così, um tipo di processo che, non potendo prescindire dalla considerazione della persona, presenta, assai accentuato, il carattere pubblico (...)

nel processo a tipo inquisitório l’azione è pubblica ed indisponibile, al giudice spettano maggiori poteri di iniziativa probatória, le parti non possono disporre e limitar le prove, sulle quali in ogni caso sovrasta l’apprezzamento del giudice¹¹⁵.

Como bem ensinava José Frederico Marques, o direito brasileiro também adotou o denominado princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual o Ministério Público, tendo notícia do crime e não verificando obstáculos que impeçam a propositura da ação penal, assim deve obrigatoriamente agir. Obviamente, o princípio da obrigatoriedade não retira do Ministério Público a análise sobre os pressupostos técnicos para início da ação penal. Todavia, “nessa operação não pode deixar de entrar (...) certa dose de fator subjetivo”¹¹⁶.

Diversamente, o princípio da oportunidade, acolhido pelo direito francês, atribui ao Ministério Público a faculdade, não o dever, de propor a ação penal quando verificar que o agente cometeu um fato delituoso. “Essa faculdade se exerce com base em estimativa

¹¹² Até o ano de 1988, vigia na Itália o Código de Processo Penal de 1930, denominado “Código Rocco” e referente ao período da ditadura fascista de B. Mussolini. O Código Rocco tinha elementos inquisitórios e previa o chamado juizado de instrução, fase em que eram obtidos os elementos de prova que seriam utilizados na fase de julgamento (“giudizio”). Nesse segundo momento eram asseguradas ao réu as garantias do contraditório, da publicidade, da oralidade, e demais aspectos de um processo penal acusatório. Portanto, tratava-se de um sistema misto.

¹¹³ Arturo Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, p. 15.

¹¹⁴ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, v. I, p. 82.

¹¹⁵ Arturo Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, pp. 15-16.

¹¹⁶ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. 1., p. 379.

discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal”¹¹⁷.

No direito brasileiro, o princípio da obrigatoriedade implica não ter o órgão acusatório e nem o órgão encarregado da investigação qualquer faculdade, mas sim dever, de investigação e início da ação penal sempre que motivados a tanto. Como decorrência, vigora, ainda, o princípio da indisponibilidade da ação penal, por meio do qual o promotor de Justiça não pode desistir de eventual ação penal já iniciada¹¹⁸:

O Estado não tem apenas o direito, mas sobretudo o dever de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciarem a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial. O princípio da indisponibilidade está, assim, à base do processo penal, em muitos sistemas jurídicos¹¹⁹.

Porém, com a edição da Lei 9.099/95, foram implantados inéditos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo no sistema processual penal brasileiro, excepcionando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, em razão do seus arts. 76 e 89:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

(...) § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

De acordo com Eduardo Araújo da Silva, o verbo *poderá* evidencia que se trata de uma faculdade regrada, na qual o Ministério Público perceberia certa discricionariedade no seu agir, mas limitada por regras objetivas e subjetivas, as quais estão previstas na própria Lei 9.099/95. No entanto, entende que não se trata exatamente do princípio da oportunidade, ainda que de forma regrada, considerando que, na verdade, houve mera mitigação do princípio da obrigatoriedade, com a consagração do princípio da oportunidade regrada¹²⁰. Na mesma linha,

¹¹⁷ Op. Cit., p. 375.

¹¹⁸ Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*, p. 104.

¹¹⁹ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, pp. 66-67.

¹²⁰ Eduardo Araújo da Silva, *Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada*, p. 87-97

Hugo Nigro Mazzilli também considera que o princípio da obrigatoriedade foi atenuado, mas não suprimido, pela Lei 9.099/95¹²¹.

Estudando a Lei do Juizados, Eugênio Pacelli de Oliveira continuou identificando a obrigatoriedade sobre a forma de agir do Ministério Público, visto que, se preenchidas as condições legais, o órgão acusador estará obrigado a propor a transação Penal:

se a própria lei enumera – por isso, regra – as hipóteses que deverão ser observadas, não há como se pretender a existência de qualquer juízo de discricionariedade, a quem quer que seja, na escolha pela aplicação do modelo processual consensual. Cuida-se, portanto, do mesmo princípio da obrigatoriedade, agora, da transação, quando presentes as condições da ação, o pressuposto de existência do processo e os requisitos específicos para a transação (art. 76, da Lei nº 9.099/95)¹²².

Guilherme de Souza Nucci entende que os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo correspondem a verdadeiras “exceções” ao princípio da indisponibilidade da ação penal, por meio do qual ao promotor de Justiça estaria vedada a desistência da ação penal¹²³.

Em que pese a controvérsia na doutrina processual penal a respeito das consequências da introdução de tais benefícios no direito brasileiro, que permitem um acordo com o investigado, mesmo se acatada a corrente doutrinária que continua identificando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas agora mitigada nas hipóteses do art. 76 e 89 da Lei 9.099, verifica-se que a persecução penal já não é mais vista de modo absolutamente indisponível pelo direito processual penal brasileiro.

Admite-se verdadeira transação¹²⁴, em que o Estado e a sociedade, representados pelo Ministério Público como órgão de acusação penal, propõe medidas restritivas de direitos diversas da pena privativa de liberdade ao agente delituoso, renunciando, em troca, ao início ou prosseguimento da persecução penal, a qual culminaria com futura sentença de mérito condenatória.

Tanto que, embora não haja processo judicial, há necessidade de homologação judicial da transação havida entre o direito de punir do Estado e a liberdade do agente, com

¹²¹ Hugo Nigro Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, p. 135.

¹²² Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, pp. 119-120.

¹²³ Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*, p. 104.

¹²⁴ “Na suspensão do processo, existe uma transação entre as partes. O negócio jurídico-processual depende da vontade de uma e outra parte, o que lhe dá manifesto cunho bilateral” (Vidal Vanhoni Filho, *Suspensão do processo*, p. 1).

vistas a se dar executoriedade ao que ficar estabelecido. Essa sentença penal possui natureza homologatória, declara uma situação jurídica de caráter bilateral e constitui um título executivo judicial¹²⁵.

1.2.5.1. Os acordos de colaboração premiada – Lei 12.850/2013

Acompanhando a crescente complexidade da criminalidade praticada por organizações criminosas, a legislação brasileira pouco a pouco passou a tratar de inovadoras técnicas de investigação, além de introduzir novos tipos penais e modificar normas processuais penais, justamente visando à atribuição de maior efetividade ao enfrentamento contra o crime organizado por parte do Estado. Influenciado principalmente pelo direito italiano (*patteggiamento*) e norte-americano (*plea bargaining*), o legislador brasileiro também passou a estimular a colaboração de integrantes dessas organizações, através da concessão de alguns possíveis incentivos, tais como o perdão judicial, redução da pena ou possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime mais benéfico.

Houve previsão de “prêmios” aos colaboradores nas Leis 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco), 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária), 9.034/95 (primeira Lei de Combate ao Crime Organizado), 9.613/98 (Lei dos crimes de lavagem de dinheiro), 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), 10.409/2002 (revogada Lei de Drogas), 11.343/2006 (Lei de Drogas), 12.529/2011 (nova Lei Antitruste), 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e, por fim, 12.850/2013 (nova Lei de Combate ao Crime Organizado).

Trata-se de uma técnica especial de investigação, que pretende estimular que um coautor ou partícipe de crime venha a colaborar para a elucidação dos fatos e/ou autoria dos demais agentes¹²⁶. Em troca, o agente colaborador poderá receber uma imunidade ou garantia de redução da pena. A ideia da colaboração premiada ganhou força durante os “maxiprocessos” envolvendo a operação “Mãos Limpas” na Itália, a qual tinha por escopo apurar o envolvimento da máfia italiana com diversos crimes de corrupção em toda a Itália, no início dos anos 90. Essa técnica mostrou-se efetiva no combate aos crimes praticados por organizações criminosas, em

¹²⁵ A respeito da natureza dessa decisão homologatória, em 24 de abril de 2014, o Supremo Tribunal Federal publicou o enunciado da Súmula Vinculante 35, com o seguinte teor: “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

¹²⁶ Cibele Benevides Guedes da Fonseca, *Colaboração premiada*, p. 86.

razão do pacto de silêncio que normalmente envolve a iniciação de seus agentes criminosos (*omertà*). No Brasil, vem ganhando bastante expressão em razão de sua larga utilização na denominada operação “Lava Jato”.

A Lei 12.850/2013, denominada de nova Lei de Combate ao Crime Organizado, no seu capítulo II, titulado de “da investigação e dos meios de obtenção da prova”, promove expressa indicação da colaboração premiada como uma das formas de obtenção de provas permitidas. De acordo com o art. 4º da lei, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com as investigações e com o processo penal, desde que o agente colaborador venha a permitir um ou mais dos resultados indicados no rol do próprio dispositivo mencionado: identificação dos demais coautores e partícipes, revelação de estrutura hierárquica e divisão de tarefas, prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, recuperação total ou parcial do produto ou proveito das atividades ilícitas, localização da eventual vítima com sua integridade física preservada.

Como qualquer acordo, também a colaboração premiada inicia-se com a negociação entre as partes, que normalmente é de iniciativa do agente delincente¹²⁷. A Lei 12.850/2013 prevê, nesse ponto, que, em todas as tratativas e negociações, os investigados deverão estar acompanhados de seus advogados. Firmados os termos básicos da colaboração, será elaborado um termo de acordo, a ser encaminhado ao juiz competente para homologação. Segundo o art. 6º da lei, o termo deverá ser escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário. A fim de se garantir o sigilo do termo de acordo, está previsto no art. 7º que o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. Somente posteriormente à distribuição é que as informações pormenorizadas da colaboração (inclusive sobre a identidade do

¹²⁷ Trata-se, inclusive, de uma recomendação no direito americano, isto é, que se deixe sempre à defesa dos investigados a iniciativa de buscar um acordo (Stephen Trott, *O uso de um criminoso como testemunha*, p. 77). No âmbito da operação Lava Jato, da mesma forma, os acordos sempre foram buscados pelos agentes investigados, não pelos investigadores (Deltan Dallagnol, *A luta contra a corrupção*, pp. 75-80).

colaborador) serão apresentadas pelas partes, mas agora dirigidas diretamente ao juiz a quem tiver recaído a distribuição (art. 7º, §1º).

Ou seja, no momento inicial, as partes não devem identificar o pretense colaborador. E a respeito do sigilo, importante mencionar que, em regra, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações (art. 7º, §2º). Conseqüentemente, o acordo de colaboração premiada deixará de ser sigiloso somente após o recebimento da denúncia, a partir de quando também os demais réus delatados poderão ter acesso a seu teor e exercer seu direito de contraditório (art. 7º, §3º).

No tocante à negociação entre as partes, não há formas pré-definidas a respeito de qual a proporção entre a quantidade/qualidade de resultados atingidos e os benefícios a serem concedidos ao agente colaborador. Na Lei 12.850/2013, foi inserida cláusula geral prevendo que “a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” (art. 4º, §1º). Portanto, há ampla margem de negociação por parte do Ministério Público sobre os benefícios a serem concedidos ao agente colaborador, ainda que deva fundamentar a opção das partes no termo de colaboração premiada, bem como situar sob crivo judicial sua homologação (art. 8º).

Por isso, após verificar toda a regulamentação sobre o instituto, concluiu Nicolao Dino que:

a colaboração premiada consiste, basicamente, na negociação entre agentes do Estado, em especial o acusador público, de um lado, e o infrator, de outro, com vistas à obtenção de elementos úteis para a plena elucidação de fatos criminosos e a participação de outros indivíduos. Na colaboração premiada, de um modo geral, negocia-se a assunção de culpa mediante compensação, a qual, a seu turno, consiste na mitigação da resposta estatal à conduta infracional objeto da persecução¹²⁸.

Na mesma linha, Cibele Fonseca aponta ser “importante reforçar o aspecto da Justiça Negociada, através do qual acusação e defesa barganham ganhos e perdas em prol de um ponto ótimo consistente no acordo escrito de colaboração. É uma conduta tradicional do direito americano”¹²⁹.

¹²⁸ Nicolao Dino, *A colaboração premiada na improbidade administrativa*, p. 440.

¹²⁹ Cibele Benevides Guedes da Fonseca, *Colaboração premiada*, p. 89.

Com efeito, no direito estadunidense, os promotores de Justiça possuem ampla “discrecionariiedade” para escolha de casos cujo custo-benefício na apuração e no processamento justifiquem a judicialização em relação à sociedade e ao Estado:

The prosecutor chooses the cases to be prosecuted, selects the charges that are to be brought into the courtroom, recommends the bail amount required for pretrial release, approves any negotiated agreements mad with the defendant and urges judges to impose particular sentences¹³⁰.

A Suprema Corte americana já confirmou, em algumas oportunidades, a discrecionariiedade do Ministério Público, desde que agindo de modo fundamentado, conforme precedentes *United States v. Chemical Foundation (1926)*, *United States v. Goodwin (1982)* e *Wayne v. United States (1985)*. Em tais decisões, ficou decidido justamente que os tribunais não devem interferir nas tomadas de decisão dos promotores de justiça:

desde que o promotor de Justiça tenha motivos plausíveis para acreditar que o acusado cometeu um crime definido em lei, a decisão de promover ou não a ação penal, bem como a decisão de qual acusação formular ou levar ao júri de acusação, em geral, cabe inteiramente à sua discrição¹³¹.

Verifica-se que, nos Estados Unidos, mais de 90% dos processos criminais¹³² são encerrados em razão das confissões obtidas através de acordos (*plea bargaining*), de modo que, também na esfera criminal, as soluções consensuadas são predominantes em relação às decisões adjudicadas, consistindo a colaboração premiada em um dos principais instrumentos para alcançar essa finalidade. Ademais, os acordos entre o *Prosecutor* e o acusado são bastante eficazes inclusive no combate ao crime organizado, em razão do êxito do programa de proteção a vítimas e testemunhas norte-americano. Aliás, o programa, além de muito eficiente, foi criado nos EUA.

Nesse contexto, apesar de todas as controvérsias a respeito das colaborações premiadas no direito brasileiro, certo é que em mais uma oportunidade o legislador atribuiu ao Ministério Público a possibilidade de transigir sobre direitos entendidos como indisponíveis

¹³⁰ Henry M. Wroblewski e Kären M. Hess, *Introduction to law enforcement and criminal justice*, p. 457. Em tradução por Cibele Benevides Fonseca: “o membro do Ministério Público escolhe os casos a serem julgados, seleciona as acusações que devem ser levadas para o tribunal, recomenda o valor da fiança exigida para a liberdade provisória, aprova quaisquer acordos negociados com o réu e insta os juízes a impor determinadas sentenças” (*Colaboração premiada*, p. 56, nota 85).

¹³¹ Yue Ma, *Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos*, p. 35.

¹³² Yue Ma, *A discrecionariiedade do Promotor de Justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália*, p. 196.

(dentre eles o *jus puniendi* e também algumas garantias previstas em favor dos réus em geral, tal como o direito ao silêncio¹³³ e à vedação da autoincriminação).

1.2.5.2. A Resolução 181/2017 do CNMP: acordos de não persecução penal

Atento às políticas voltadas à resolução consensual de conflitos, em 7 de agosto de 2017 o CNMP editou mais uma resolução sobre o tema, dessa vez com incidência sobre a persecução penal: como já citado anteriormente no presente trabalho, a Resolução 181 dispôs sobre o procedimento investigatório criminal, mas agora incluindo algumas regras que autorizam a celebração de “acordo de não persecução penal” pelos membros do Ministério Público (art. 18)¹³⁴.

De imediato, diversas entidades passaram a criticar¹³⁵ a Resolução, tendo como verdadeiro mote a principal razão que defendemos neste estudo: a necessidade de que o Ministério Público assuma papel de protagonismo na solução consensual de conflitos, inclusive em situações que envolvam interesses públicos, de modo a garantir um eficiente sistema multiportas no âmbito processual brasileiro.

Cumprido ressaltar que a Resolução não versa propriamente sobre processo penal, pois se refere à possibilidade de acordo em fase anterior à propositura da ação penal e até mesmo à própria investigação. De fato, uma das hipóteses visualizadas se refere à atribuição de maior eficiência às audiências de custódia – designadas para situações em que haja prisão em flagrante, com a presença física obrigatória da pessoa autuada, mas sem que atualmente possa ser utilizada para qualquer outro fim que não a mera fiscalização sobre condições e regularidade do ato de prisão.

¹³³ Com efeito, o art. 14, §4º, da Lei 12.850/2013 atribui ao colaborador o compromisso de dizer a verdade. “Isso possui uma razão lógica: se o acusado aceita colaborar com o *law enforcement*, o silêncio passa a ser incompatível com a realização do acordo” (Cibele Benevides Guedes da Fonseca, *Colaboração premiada*, p. 139).

¹³⁴ Apesar das polêmicas envolvendo o tema, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o poder normativo primário das resoluções do CNJ, o que também se estende ao Conselho Nacional do Ministério Público, por serem órgãos análogos. De fato, em 20 de agosto de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 12, reconhecendo o poder de expedir atos de natureza normativa primária em favor do Conselho Nacional de Justiça, isto é, com mesma força de lei e diretamente submetido à Constituição.

¹³⁵ A Resolução 181/2017 do CNMP é objeto da ADI 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e da ADI 5793, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as quais, dentre outros fundamentos, invocam o princípio da indisponibilidade da ação penal para requerer a declaração de inconstitucionalidade do ato. Ambas as ações foram distribuídas à relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, sendo que, até 27 de novembro de 2017, não havia notícias sobre eventual concessão das medidas liminares pleiteadas pelas entidades.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as Resoluções editadas pelo CNJ (e, por analogia, também, as do CNMP) ostentam “caráter normativo primário”¹³⁶. Desse modo, tanto o CNJ quanto o CNMP, no “exercício de suas atribuições administrativas”, podem “expedir atos regulamentares” consistentes em “atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”¹³⁷. Aliás, assim decidiu o STF ao permitir que um provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado regulamentasse prazos e condições para a apresentação de presos à audiência de custódia. Segundo entendimento dos ministros do STF, “o procedimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico”¹³⁸.

Partindo dessas autorizações normativas, o CNMP fundamentou a possibilidade de acordos de não persecução penal (em situações pré-definidas, conforme condições previstas para tanto, o que levou ao acolhimento do “princípio da oportunidade regrada”) em quatro “considerandos”, cujo teor se mostra relevante ao presente estudo:

- a) como bem aponta o Ministro Roberto Barroso, em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil” (ADI 5104 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 21/5/2014, publicação em 30/10/2014);
- b) considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;
- c) considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
- d) considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (...).

¹³⁶ STF, ADC 12_DF, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 17/12/2009.

¹³⁷ STF, MS 27621-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 10/05/2012.

¹³⁸ STF, ADI 5240-SP, Rel. Min. Luiz Fux.

Assim, ficou previsto no art. 18 da Resolução 181 que o Ministério poderá propor ao investigado o acordo de não persecução penal, desde que: (i) trate-se de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça; (ii) haja confissão por parte do agente delitivo; (iii) o envolvido apresente eventuais provas do fato (cuida-se de condições obrigatórias e cumulativas); devendo, ainda, cumprir as seguintes observações, de forma cumulativa ou não: (i) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; (ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos; (iii) comunicar eventual mudança de endereço ao MP; (iv) prestar serviço público à comunidade ou entidades públicas, por período no mínimo equivalente à pena mínima; e (v) haja pagamento de prestação pecuniária.

Outrossim, consta da Resolução que não se admitirá a proposta de não persecução penal quando for cabível transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), o dano causado for superior a 20 salários mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação, o investigado incorrer em alguma das hipóteses de vedação da transação penal (art. 76, §2º, da Lei 9.099/95) ou o aguardo para cumprimento do acordo possa acarretar prescrição (art. 18, §1º).

Na hipótese de o investigado descumprir as condições previstas no acordo, o Ministério Público poderá oferecer denúncia criminal desde logo ou retomar as investigações. Cumprido o acordo, caberá então a promoção do arquivamento do caderno investigatório (art. 18, §§7º e 8º).

Percebe-se, da regulamentação prevista, que o CNMP tão-somente regulamentou situações em que a propositura da ação penal mostra-se contrária aos princípios da eficiência (art. 37, caput, da Constituição); da proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV); da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII) e do acusatório (art. 129, I, VI e VI). Ou seja, apesar da ausência de lei sobre tal instituto, sua aplicação é possível a partir das normas constitucionais vigentes. No âmbito do direito penal, o princípio da oportunidade pode ser extraído dos princípios da *ultima ratio*, da mínima intervenção, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio de respaldo¹³⁹.

¹³⁹ Alberto Binder, *Fundamentos para a reforma da justiça penal*, pp. 159-181.

1.2.6. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção

Em 2 de agosto de 2013, foi publicada a Lei 12.846, denominada Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção, constituindo importante marco no enfrentamento à corrupção praticado por pessoas jurídicas em relação ao Poder Público. De modo sucinto, a Lei tornou as pessoas jurídicas a ela submetidas objetivamente responsáveis por atos de corrupção junto ao Poder Público (art. 5º), inclusive alcançando empresas controladoras, controladas e consorciadas. Para tanto, a Lei buscou estabelecer normas de conformidade (*compliance*) ao setor privado empresarial, por meio de códigos de ética, processos de análise de riscos de desconformidade, treinamento e auditoria interna e serviços de prevenção.

De acordo com a Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas poderão ser responsabilizadas por tais atos, no entanto, no âmbito civil e administrativo, não tratando a Lei da responsabilização *criminal* das pessoas jurídicas, o que, no Brasil, continua restrito ao campo do direito ambiental¹⁴⁰. Diante da responsabilidade objetiva, a pessoa jurídica responderá pelos atos de corrupção praticados por seus agentes na hipótese de descumprimento de suas obrigações de atendimento às leis e aos princípios incidentes sobre seu relacionamento com o Poder Público. “Fundase, portanto, a condenação do delito de corrupção pelas pessoas jurídicas – no contexto da presente Lei – na ‘inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora juridicamente reprovada’”¹⁴¹ (art. 5º).

No tocante à esfera administrativa, caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, de ofício ou mediante provocação, instaurar processo administrativo para aplicação das penalidades previstas no art. 6º da Lei Anticorrupção: multa, de 0,1 a 20% do faturamento bruto e publicidade extraordinária da decisão condenatória em meios comunicação de grande circulação.

As sanções civis previstas no art. 19, entretanto, dependerão de processo judicial, que seguirá o rito da Lei da Ação Civil Pública e poderá ser iniciado pela União, por Estados ou Municípios, pelas respectivas Advocacias Públicas ou pelo Ministério Público (art. 18). As pessoas jurídicas infratoras estão sujeitas: ao perdimento de bens, direitos ou valores indevidos,

¹⁴⁰ Nos termos do art. 225 da Constituição e da Lei 9.605/98, art. 3º. Portanto, “se, eventualmente, o ato lesivo cometido pela empresa corresponder a crime contra a administração pública, a responsabilidade penal deve recair sobre as pessoas físicas que concorreram de qualquer modo para o evento, demandando prova do elemento subjetivo do concorrente (Rogério Sanches Cunha e Renee Souza, *Lei Anticorrupção empresarial*, p. 19).

¹⁴¹ Modesto Carvalhosa, *Considerações sobre a lei anticorrupção*, p. 38, citando Damásio E. de Jesus, *Imputação objetiva*, Saraiva, 1995, pp. 150 e ss.

suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas pelo prazo de 1 a 5 anos (art. 19).

Porém, inspirada pelos movimentos incentivadores da justiça negocial e pelo sucesso do acordo de leniência previsto na Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), também a Lei Anticorrupção previu a possibilidade de leniência em favor da pessoa jurídica que efetivamente colaborar com as investigações, resultando na identificação dos demais envolvidos e na obtenção célere de documentos e informações que comprovem o ilícito (art. 16).

Esse acordo de leniência tem natureza de transação, sendo negócio jurídico bilateral por meio do qual a empresa prestará colaboração às investigações na seara administrativa, enquanto o ente público concordará com a isenção de algumas penalidades previstas (publicidade da decisão e proibição de recebimento de incentivos) e redução de outras (multa), mas não poderá haver transação quanto à obrigação de reparação integral do dano (condição indisponível, portanto, à luz do art. 16, §3º, da Lei Anticorrupção).

O interesse público sem dúvida permanece resguardado, aliás, talvez até mais resguardado, na medida em que a concretização do acordo de leniência poderá evitar novas infrações e cessar aquelas em andamento, com a possibilidade concreta de responsabilização dos demais envolvidos. Cabe salientar que a Lei somente permite que haja leniência se atendidos os seguintes requisitos pela compromissária: (i) tratar-se da primeira empresa a manifestar seu interesse em cooperar para apuração do ilícito (art. 16, §1º, inciso I); (ii) a empresa cessar completamente seu envolvimento no ilícito (art. 16, §1º, inciso II); e (iii) admitir sua participação (*plea guilty*), cooperando plenamente com as investigações e comparecendo a todos os atos processuais, sempre que solicitada (art. 16, §1º, inciso III). Ademais, o acordo terá sua eficácia condicionada a tais obrigações, atribuindo à empresa compromissária verdadeiras obrigações de resultado¹⁴².

Quanto à legitimidade para a tomada do acordo de leniência, a Lei Anticorrupção previu competir à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, mas indicou a Controladoria Geral da União – CGU como órgão competente para celebrar tais acordos no

¹⁴² Rogério Sanches Cunha e Renee Souza, *Lei Anticorrupção empresarial*, p. 122.

âmbito do Executivo Federal e nos casos de atos praticados contra a administração pública estrangeira (art. 16, *caput* e §10).

1.3. Indisponibilidade como decorrência da legitimidade *ad causam*: real cerne das questões acerca da possibilidade de transação no âmbito da tutela coletiva

Como iniciamos o capítulo, além da ideia de indisponibilidade (absoluta e objetiva) fundamentada no interesse público que supostamente justificam os interesses transindividuais, também é voz corrente na doutrina processual brasileira que tais direitos seriam indisponíveis e, portanto, insuscetíveis de acordo ou transação, porque a legitimidade para sua defesa é conferida por meio de substituição processual, isto é, os entes legitimados agem em nome dos terceiros substituídos, sendo que somente eles é quem poderiam, diretamente, dispor de tais interesses e direitos.

De início, é possível perceber que se trata de hipótese de indisponibilidade relativa, quer dizer, relacionada a restrições da lei em razão das condições pessoais de quem está em juízo – não se referindo, portanto, à natureza em si dos interesses e direitos transindividuais, o que justificaria a denominada indisponibilidade absoluta. Sob essa ótica, não importa se o direito, em si, é disponível ou indisponível, bastaria apenas o argumento de que aqueles determinados titulares não poderiam deles dispor (à semelhança do direito de propriedade imobiliária do menor tutelado por seu tutor: somente se autoriza a disposição, nesses casos, mediante autorização judicial).

Com efeito, a legitimidade ativa conferida para a tutela dos interesses transindividuais, principalmente aquela geral prevista na Lei da Ação Civil Pública (que atualmente abarca quaisquer interesses difusos ou coletivos, nos termos de seu art. 1º, inc. IV), permite que alguém, em nome próprio, venha a defender interesses e direitos de terceiros (ainda que, assim agindo, também acabe por tutelar seus próprios interesses, visto estar integrado no grupo de titulares daqueles determinados interesses ou direitos, no aspecto do direito material envolvido).

Ora, seja adotando a teoria da legitimidade extraordinária (amplamente majoritária na doutrina nacional) ou da legitimidade autônoma¹⁴³, é certo que, em razão da possibilidade de extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros, ainda que não façam parte da

¹⁴³ Por nós acolhida neste estudo, conforme será melhor explicado na conclusão deste capítulo.

ação coletiva, os interesses desses terceiros estarão sem dúvida alguma sendo tutelados pelo ente legitimado, cuja personalidade é deles distinta.

Nesse ponto, cabe uma breve digressão sobre a substituição processual, a qual, como se sabe, não é fenômeno exclusivo do direito processual coletivo. Ao contrário, trata-se de técnica processual que há muito foi desenvolvida no âmbito do processo individual, pois são inúmeras as situações em que há necessidade de cisão entre o titular do direito material em litígio (sujeito da relação jurídico-material) e o sujeito processual (isto é, a parte). No entanto, tratando-se de situações excepcionais, somente nos casos expressamente autorizados é que será possível a substituição processual¹⁴⁴. De fato, a regra continua sendo que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18 do CPC-2015).

No direito brasileiro, são exemplos de legitimidade extraordinária por substituição processual a possibilidade de que a parte, na pendência do processo, possa alienar a coisa litigiosa ou cedê-la a terceiro, mas pode continuar figurando como parte na lide, muito embora a partir de então tutelando direito material de terceiros (art. 109 do CPC). Assim também há legitimidade do Ministério Público para promover a reparação do dano *ex delicto* sempre que o titular de tal direito for pessoa pobre (art. 68 do CPP).

Tratando-se de direito alheio àquele que o está tutelando em juízo, natural, também ocorre que, em regra, não possa dele se dispor, confessando, renunciando ou transacionando, pois, não sendo dele titular no âmbito do direito material, não terá qualquer poder de alienação e disposição¹⁴⁵.

Nesse ponto, para correta aferição acerca da indisponibilidade dos direitos e interesses transindividuais, entendemos que o início do estudo deve se referir à tríplice categorização dos interesses coletivos em sentido lato em difusos, coletivos e individuais homogêneos, isto é, a partir de um crescente grau de conflituosidade entre os integrantes do grupo.

Os interesses difusos são caracterizados por decorrerem de uma circunstância de fato que gera uma ligação entre seus titulares, apesar de serem indeterminados ou indetermináveis. Estão conectados, portanto, em razão de uma circunstância fática, e não

¹⁴⁴ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 271.

¹⁴⁵ José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Substituição processual*.

jurídica. Na realidade, o vínculo jurídico apenas se configura indiretamente entre eles. Na hipótese de um dano ambiental, exemplificativamente, será a poluição, como fato, que unirá os titulares do interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente sadio. A Constituição garante esse direito a todos, mas serão os fatos que permitirão a identificação de um concreto interesse difuso. Além disso, o objeto é indivisível, de modo que os titulares todos se encontram sob a mesma sorte, quer dizer, a ofensa ou a ameaça ao interesse coletivo comum entre eles leva a que cada um perceba igual ofensa ou ameaça, sendo que a reparação do dano ou a cessação da ameaça, da mesma forma, a todos aproveitará.

Diante da dispersão entre os titulares e da indivisibilidade do objeto, não é possível que algum deles, individualmente, aproprie-se do interesse em questão. Falamos aqui do próprio interesse difuso, pois, evidentemente, cada um dos titulares sofrerá repercussões próprias e individualizadas a partir de dano ou ameaça ao interesse difuso. No caso da poluição, alguns dos titulares poderão ficar doentes ou até mesmo vir a óbito, sendo que cada uma dessas repercussões individuais acarretará pretensões individuais e distintas. Mas não é delas que estamos tratando, e sim do interesse difuso e comum aos membros do grupo. Não é possível, dessa forma, que um único membro ou alguns do grupo simplesmente se apropriem do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Enquanto subsistir essa garantia de proteção na ordem jurídica, será o respectivo interesse ou direito difuso de titularidade de todos, de modo indeterminado, inclusive daqueles que ainda nem mesmo nasceram¹⁴⁶. Com efeito, “as coisas de fruição geral da coletividade, como o patrimônio ambiental, enquadram-se dentro da classificação de bens de natureza difusa, não se caracterizando *res nullius*, mas, como muito bem advertiu Sérgio Ferraz, *res omnium* – coisa de todos”¹⁴⁷.

Por isso, a doutrina majoritária nacional aduz que “o descompasso entre a legitimidade e a titularidade dos interesses, no caso, realça a sua natureza indisponível”¹⁴⁸, afirmando-se que “não se poderia conceber que os mesmos (interesses difusos), que

¹⁴⁶ “A sustentabilidade dos recursos está associada à sua durabilidade, ou seja, um bem ou recurso é sustentável na medida em que pode – ou deve – durar para atender às necessidades dos ecossistemas naturais e às demandas dos ecossistemas sociais (em particular nos processos de produção e consumo)” (Édis Milaré, *Direito do Ambiente*, p. 69).

¹⁴⁷ Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 32.

¹⁴⁸ Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, p. 266.

ultrapassam a esfera individual e de classes, fossem dotados de disponibilidade. Não há um titular identificável com poderes para deles dispor”¹⁴⁹.

Já no tocante aos interesses e direitos coletivos em sentido estrito, a vinculação do grupo decorre de uma relação jurídica-base, o que permite que os titulares sejam determinados ou determináveis (caracterizando “uma determinação relativa dos titulares”¹⁵⁰). Sob aspecto objetivo, são também indivisíveis, isto é, não podem igualmente ser satisfeitos a não ser de modo a afetar todos os seus titulares. Como exemplo, podem ser citados os direitos dos advogados relativos à sua classe profissional, tal como o quinto constitucional. Assim como os interesses dos alunos, ao se valerem de uma ação coletiva proposta por uma associação estudantil com a finalidade de impedir o fechamento da biblioteca da faculdade onde estão matriculados: todos os alunos serão igualmente beneficiados ou prejudicados com o resultado da demanda.

Conforme entendia o saudoso ministro Teori Albino Zavascki, a defesa em juízo dos interesses coletivos em sentido estrito “se dá sempre em forma de substituição processual, razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na Lei”¹⁵¹.

Sobre os interesses coletivos em sentido estrito, Fernando Grella Vieira considera que, muito embora, em tese, sejam determináveis os seus titulares, integrantes de determinada categoria, o que permitiria também a defesa individual dos direitos violados, quando acionados pela via processual coletiva, essa “torna-se incompatível com o poder de disposição”, ou seja, “a disponibilidade do ponto de vista da pessoa individualmente afetada não desfrutará da mesma característica em sede da tutela coletiva”¹⁵². Além disso, entende que, “via de regra, os interesses coletivos refletem interesse público primário e a indisponibilidade decorre necessariamente da sua própria natureza”¹⁵³.

¹⁴⁹ Gisele Beltrame Stuchhi, *Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor*, p. 211.

¹⁵⁰ Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, p. 41.

¹⁵¹ Op. Cit., p. 42.

¹⁵² Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, p. 266.

¹⁵³ Idem, p. 267.

De modo um pouco distinto, estudando o assunto, Pedro Lenza concluiu que, em razão da determinabilidade dos titulares de um interesse coletivo em sentido estrito, pois materializado em uma relação jurídica-base que os liga entre si ou com a parte adversa, seria aceitável se entender que o grupo, como um todo, pudesse dispor sobre o direito coletivo envolvido. No entanto, diante da indivisibilidade interna dos interesses, um indivíduo, sozinho, não poderia dispor do interesse comum a toda a coletividade. “A associação, representante do interesse de grupo, classe ou categoria de pessoas, pode transacionar o interesse coletivo que, tomado em seu aspecto global, externamente, é divisível; já o associado não tem essa disponibilidade”¹⁵⁴.

Já Gisele Beltrame Stucchi também admite a transação envolvendo direitos coletivos em sentido estrito, visto ser possível a identificação dos sujeitos interessados pertencentes ao grupo ou à categoria. No entanto, no tocante a direitos coletivos indisponíveis – como aqueles regulamentados pelo CDC – somente se poderá transigir sobre seus aspectos patrimoniais. Segundo a autora, nesses casos, “a transação é possível se decidida pela maioria, conforme estipular os estatutos do grupo”¹⁵⁵. Por tal motivo, conclui que, se a relação dos titulares do interesse e a parte contrária decorrer de uma relação jurídica base, a transação será faticamente inviável, diante da inexistência de mecanismos que permitam a essas pessoas deliberar sobre seus direitos em litígio¹⁵⁶.

De nossa parte, tendo em vista a menor dispersão dos interesses e direitos categorizados como coletivos em sentido estrito (em relação aos difusos), o que permite a identificação e determinabilidade do grupo de interessados, compreendemos ser plenamente possível que o próprio grupo autorize eventuais concessões ou disposições a respeito dos direitos tutelados – evidentemente, nas hipóteses em que versarem sobre interesses que, sob o aspecto do direito material, são entendidos como disponíveis. Ademais, como a legitimidade extraordinária decorre da lei, também entendemos que não haveria nenhum óbice a que o próprio legislador autorizasse, eventualmente, a celebração de acordos por parte da entidade legitimada, ainda que dispensando expressa autorização de grupo representado.

¹⁵⁴ Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 83.

¹⁵⁵ Gisele Beltrame Stucchi, *Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor*, p. 212.

¹⁵⁶ Idem, p. 214.

Por último, quanto aos interesses individuais homogêneos, como se sabe, são absolutamente individualizáveis, motivo pelo qual inclusive foram denominados de “acidentalmente coletivos” por Barbosa Moreira¹⁵⁷, uma vez que seu objeto é divisível entre os titulares, diferentemente dos interesses difusos e coletivos, que são indivisíveis. Por tal motivo, parte da doutrina entende que são também indisponíveis, “na medida em que os legitimados ativos do art. 82 do CDC não podem, em nome próprio, dispor de interesses alheios”¹⁵⁸.

A princípio, a legitimidade extraordinária para propositura da ação coletiva visando à proteção de interesses individuais homogêneos não autoriza, pelas suas finalidades, eventual disposição desses interesses pelo autor da ação. No entanto, “a transação poderá ocorrer se todos os titulares dos direitos individuais que se aglutinaram na ação coletiva com isto concordarem”¹⁵⁹.

Afinal, “na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais”¹⁶⁰. Não se pode, efetivamente, confundir os aspectos relacionados com o direito processual da sua natureza como direito material. Dessa forma, poderão ser indisponíveis ou disponíveis, a depender justamente da espécie de direito material envolvido e das limitações impostas pelo legislador no que tange ao aspecto relativo da disponibilidade.

Portanto, de acordo com nosso posicionamento, as questões referentes à *indisponibilidade* dos interesses e direitos transindividuais devem ser analisadas de modo dissociado da sua eventual *transacionalidade*, ou seja, da possibilidade de que determinado interesse seja objeto de um acordo entre os envolvidos.

Dessa forma, a disponibilidade ou indisponibilidade de um determinado interesse deve decorrer de sua natureza como direito material, não sendo relevante, nesse ponto, saber se há e/ou quem são as pessoas legitimadas para eventual ato de disposição desses interesses. Devem ser assim diferenciados, ainda que mediante a denominação de *indisponibilidade absoluta*, *indisponibilidade relativa* ou mesmo *indisponibilidade processual*, não sendo idênticos os efeitos em um ou noutro caso.

¹⁵⁷ Barbosa Moreira, *Ações coletivas na Constituição de 1988*.

¹⁵⁸ Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 83.

¹⁵⁹ Gisele Beltrame Stuchhi, *Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor*, p. 213.

¹⁶⁰ Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, p. 53.

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, apesar de sua indivisibilidade interna, nem sempre serão indisponíveis, podendo, na realidade, referir-se a interesses pecuniários de seus titulares, como na hipótese de um grupo de servidores públicos litigando a respeito de determinada gratificação pecuniária.

Da mesma forma podem-se considerar os interesses individuais homogêneos. Sendo individuais, poderão tanto se referir a direitos indisponíveis, como a vida, a saúde ou mesmo direitos de personalidade, quanto a direitos plenamente disponíveis, no caso de eventual indenização por vícios em determinados objetos de consumo produzidos em série.

Nesse sentido, as questões relacionadas à possibilidade de transação versando sobre esses interesses tratam, na realidade, de legitimidade da entidade representante para o acordo como representante adequada dos seus titulares. Isso porque nem sempre estaremos diante de interesses ou direitos verdadeiramente indisponíveis.

O que pode ocorrer, sem dúvida alguma, é que determinada ordem jurídica vede a transação ou qualquer tipo de acordo por parte do representante legitimado para ação. É o que ocorria, por exemplo, com o art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa ao vedar a transação no âmbito das ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa¹⁶¹.

De fato, o legislador pode autorizar o acordo ou a transação pelo legitimado extraordinário, não sendo essa solução “inérita” no direito, no sentido de que um terceiro estaria sendo autorizado a negociar sobre interesses e direitos pertencentes a terceiros. Isso ocorre, e.g., com a gestão de negócios regulamentada no código civil, que se caracteriza como ato jurídico unilateral e que permite atos de disposição por terceiros, vinculantes ao respectivo titular, desde que atendidos certos requisitos. De acordo com o art. 869 do Código Civil, o titular vincula-se ao gestor sempre que o negócio haja sido conduzido utilmente a ele. Ademais, a gestão útil vincula o dono inclusive nas obrigações decorrentes, obrigando-o a reembolsar o gestor das despesas necessárias e úteis que houver feito, com juros legais desde o desembolso.

Sendo assim, entendemos que, como regra geral, o colegitimado não poderia de fato dispor do direito material alheio por ele tutelado em juízo. Porém, não há óbices lógicos, constitucionais ou legais para que o legislador assim preveja. Na realidade, no que tange ao

¹⁶¹ Embora esse dispositivo já tenha sido derogado, como veremos ao longo da exposição da presente tese, não deixa de ser um exemplo em virtude de sua regular aplicabilidade em passado recente.

sistema processual coletivo, como passaremos a demonstrar, desde os anos 90 vem-se caminhando justamente rumo aos acordos e às transações no âmbito da tutela dos direitos transindividuais.

1.4. Transacionalidade dos direitos coletivos

No sentido comum, por transação se entende todo tipo de negócio, principalmente quando referentes à compra e venda. Fala-se em transação comercial, bancária, etc. Porém, em sentido mais técnico e jurídico, pode ser definido como “um determinado negócio jurídico, de cunho contratual, que se realiza por via de um acordo de vontades, cujo objeto é prevenir ou terminar litígio, mediante concessões recíprocas das partes”¹⁶². Ao menos é essa a noção decorrente do art. 840 do Código Civil atualmente vigente, o qual inseriu a transação dentre os tipos contratuais, inovando em relação ao Código anterior, que tratava da transação como um dos modos de extinção das obrigações (art. 1.025 a 1.036).

Entretanto, Pontes de Miranda sempre apontou que, na realidade, não se tratava de um modo de extinção das obrigações (como é a compensação, e.g.), mas de um “negócio jurídico bilateral que afasta disputa ou dúvida (incerteza)”¹⁶³. Em sua definição clássica, “a transação é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia”¹⁶⁴. Para Carlos Roberto Gonçalves, a transação possui natureza jurídica que, na sua constituição, “aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades sobre determinado objeto”¹⁶⁵. Contudo, no tocante aos seus efeitos, reconhece que tem natureza de pagamento indireto.

De qualquer modo, a transação é um instituto de direito civil e que não deve ser confundido com a mediação ou conciliação, as quais se referem a técnicas processuais de solução de conflitos. “Quando, nessa fase (conciliação), é celebrada a transação, passa ela a constituir o seu conteúdo”¹⁶⁶.

¹⁶² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, p. 507.

¹⁶³ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo XXV, p. 182.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 179.

¹⁶⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 3, p. 576.

¹⁶⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 3, p. 574.

São elementos constitutivos da transação (i) a existência de relações jurídicas controvertidas; (ii) a intenção de extinguir as dúvidas existentes, para prevenir ou encerrar um litígio; (iii) acordo de vontades; e (iv) concessões recíprocas.

A partir desses requisitos, Caio Mario da Silva Pereira aponta que o acordo deve decorrer da vontade das partes, não podendo ser imposto pela lei e ou por provimento judicial *ex officio*. Caberá ao juiz, eventualmente, apenas homologar a transação, mas não obrigar as partes à sua celebração¹⁶⁷.

É necessário, ainda, que as partes pretendam extinguir ou prevenir litígios, sendo esse seu efeito básico, desde o direito romano¹⁶⁸. Ademais, para sua caracterização, há necessidade de que haja alguma incerteza pelas partes, objetiva ou subjetiva, sobre a relação jurídica. Assim, pode decorrer tanto de uma insegurança pessoal da parte interessada quanto da qualificação duvidosa do direito em questão.

E como seu principal traço característico, envolverá necessariamente concessões recíprocas entre as partes, distinguindo-se, nesse ponto, com relação à dação em pagamento, doação, renúncia, confissão ou ao pagamento. Portanto, não há mera declaração, mas verdadeira constituição positiva ou negativa. “Trata-se de negócio jurídico bilateral de modificação. Por ele, algo se aumenta ao mundo jurídico para se eliminar litígio ou incerteza. No que o conteúdo da transação se afasta da relação jurídica preexistente, constitui”¹⁶⁹.

Quanto à forma, a doutrina civilista sempre considerou que a transação poderá ser extrajudicial ou judicial, sendo que, no primeiro caso, não há necessidade de forma especial, salvo quando versem sobre negócios jurídicos cuja transmissão depende de forma especial prevista em lei (como na hipótese de se transacionar sobre a transmissão de um imóvel). A transação deverá, assim, ter a forma que teria o negócio jurídico cujo conteúdo está sendo modificado.

Em relação à transação judicial, poderá se dar mediante termo nos autos ou instrumento público ou particular, dependendo do caso, hipóteses estas últimas em que haverá necessidade de juntada do instrumento firmado nos autos da ação judicial. A transação judicial, no entanto, continua sendo instituto de direito civil, mas com efeitos processuais diretos, pois

¹⁶⁷ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, v. III, p. 507.

¹⁶⁸ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo XXV, pp. 183-184.

¹⁶⁹ Op. Cit., p. 186.

em regra colocará fim ao procedimento ou a uma fase dele. Com efeito, prevê o art. 487 do Código de Processo Civil que haverá resolução de mérito quando a decisão do juiz homologar a transação firmada entre as partes (inciso III, alínea “b”).

Dessa forma, também não se pode confundir transação com desistência ou renúncia trazida ao processo (embora possa constituir transação eventual negócio jurídico envolvendo a renúncia à pretensão, por parte do autor, concomitante à renúncia também por parte do réu, no tocante ao direito invocado em reconvenção, por exemplo). Tanto assim que o reconhecimento da procedência do pedido e a renúncia constituem hipóteses distintas de decisão de mérito (art. 487, inciso III, alíneas “a” e “c”).

Diante de todas essas características da transação, enquanto negócio jurídico bilateral, decorrem uma das discussões mais intrincadas no direito brasileiro: a transacionabilidade dos direitos transindividuais. Isso porque a falta de poder de disposição dos direitos em questão, como as inalienabilidades, importa sempre em intransacionabilidade. Tais discussões são muito afloradas a respeito da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de condutas de que tratam as Leis 7.347/1985 (art. 5º, §6º) e 8.069/1990 (art. 211).

Ao analisar a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, Hugo Nigro Mazzilli defende que não possui natureza de transação do direito civil. Embora reconhecendo algumas semelhanças, anota que o compromisso de ajustamento de conduta somente poderia ser visto como um contrato de transação se houvesse poder de disposição dos contraentes e concessões mútuas, prevenindo ou terminando um litígio, conforme descrito no art. 840 do Código Civil. No entanto, entende que não se trata de um contrato, pois não versa sobre direitos patrimoniais de caráter privado e o órgão público que o toma não é titular do direito transindividual nele discutido. Na realidade, para o autor, o compromisso de ajustamento de conduta seria um “ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”¹⁷⁰.

Na mesma linha, afirma Luis Roberto Proença que “o compromisso de ajustamento, efetivamente, demonstra diferenças tão substanciais em relação ao instituto civil

¹⁷⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 451-452.

(transação), que apenas um grande esforço de abstração conceitual poderia fazê-lo uma espécie daquele”¹⁷¹.

Portanto, caberia o compromisso de ajustamento de condutas apenas como forma de integral sujeição do interessado à obrigação de fazer, não fazer ou de pagar sob investigação, sendo vedado aos órgãos públicos legitimados permitirem qualquer renúncia ou dispensa de direitos ou obrigações.

Entretanto, nos parece que não se trata de simples imposição de obrigações ao interessado ou mesmo de um ato desprovido de qualquer conteúdo negocial em que pode, eventualmente e sob certos limites, haver concessões recíprocas.

Em sentido geral, para constituição de uma transação, como negócio jurídico bilateral, não se exige que as concessões recíprocas sejam sinalagmáticas, isto é, que as concessões sejam proporcionais entre as partes, distinguindo-se de um contrato de compra e venda nesse aspecto, por exemplo.

Conforme ensina Pontes de Miranda, “a reciprocidade no conceder é essencial à transação”. Todavia, “concessão pode consistir em alteração da eficácia, ou do conteúdo da relação jurídica (e.g., em se admitir o pagamento parcial, ou se em esperar algum tempo, na redução da taxa dos juros, na criação de direito à resolução), ou apenas em reconhecimento da dívida, tornando-a líquida, ou somente certa, ou executiva”.

Conforme bem lembrado pelo renomado civilista citado, “a concessão, que se faz, é em relação ao que cada um dos transatores sustenta (=crê que é o seu direito, pretensão, ação ou exceção) não em relação ao que, em verdade, no mundo jurídico, que independe o que pensam os interessados, é o direito, a pretensão, a ação ou a exceção de cada um”¹⁷².

¹⁷¹ Luis Roberto Proença, *Inquérito civil*, p. 125.

¹⁷² Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado, tomo XXV*, pp. 194-195.

Na doutrina francesa¹⁷³, Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeud igualmente apontam que não há necessidade de que a negociação envolva proporções idênticas para caracterizar-se como transação¹⁷⁴:

*La transaction est un contrat, au sens précis du terme, puisqu'elle crée une obligation, obligation de ne pas faire: celle de ne pas recourir à justice ou de ne pas continuer une procédure en cours. Ce contrat est à titre onéreux : chacune des parties recherche un avantage, éviter la perte du procès ou les lenteurs ou frais d'une procédure. Il est synallagmatique, la réciprocité des obligations et des concessions étant de l'essence de la transaction. (...) Mais il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre désistement et transaction. En effet, on n'exige pas dans la transaction l'égalité des concessions.*¹⁷⁵

No mesmo sentido, Marcel Planiol e Georges Ripert:

*La jurisprudence, qui exige cette réciprocité n'impose d'ailleurs nullement l'égalité des sacrifices*¹⁷⁶.

Logo, como se nota, apesar das diferenças entre o compromisso de ajustamento de condutas e o contrato de transação previsto no art. 840 do Código Civil de 2002, não se pode entender que os ajustes envolvendo direitos transindividuais deixam de constituir transação, ainda que regulada por normas específicas e sobre ela pendendo o regime jurídico dos direitos coletivos.

Conforme bem salientado por Ana Luiza Nery, “se para entabular o compromisso de ajustamento o órgão público cedeu apenas em relação ao prazo para cumprimento da obrigação, e a parte cedeu em outros aspectos, esse negócio é considerado uma transação”¹⁷⁷.

¹⁷³ De acordo com o art. 2044 do código civil francês, em dispositivo cuja redação é bastante assemelhada ao atual art. 840 do código civil brasileiro, “*la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître*”. Em tradução livre, “a transação é um contrato pelo qual as partes encerram um litígio existente ou previnem um litígio que possa surgir”.

¹⁷⁴ Contrariamente, entendem que somente se tratará de transação se o ajuste envolver concessões que sejam proporcionais entre elas, ainda que não sejam equivalentes: Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos Do Brasil comentado*, p. 144; Gisele Beltrame Stucchi, *Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor*, p. 192.

¹⁷⁵ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeud, *Leçons de droit civil*, p. 757. Em tradução livre, “A transação é um contrato, no sentido preciso do termo, uma vez que cria uma obrigação, obrigação de não fazer: não recorrer à Justiça ou não continuar com um processo em curso. Esse contrato é a título oneroso: cada uma das partes procura um benefício, evitar a sucumbência ou a morosidade ou os custos de um processo. É sinalagmático, sendo a reciprocidade das obrigações e das concessões da essência da transação (...). Mas nem sempre é fácil distinguir entre a desistência e a transação. Com efeito, não se exige da transação igualdade de concessões”.

¹⁷⁶ Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, p. 1.015. Em tradução livre: “A jurisprudência, que exige essa reciprocidade, não impõe a observância de igualdade dos sacrifícios”.

¹⁷⁷ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, pp. 150-151.

Com efeito, mesmo o compromisso de ajustamento de condutas consiste em um acordo de vontades entre os envolvidos, não se tratando de ato jurídico unilateral ou ato administrativo unilateralmente imposto pela administração pública. Com o devido respeito aos posicionamentos contrários, entendemos que há manifestação de vontade por todas as partes, caracterizando um negócio jurídico bilateral¹⁷⁸.

Ademais, tem como finalidade a prevenção ou a extinção de ações judiciais, notadamente após a vigência do novo Código de Processo Civil, tendo em vista que já no seu art. 3º determina que conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes e membros do Ministério Público.

E também importa em concessões recíprocas, muito embora existam limites ao poder de negociação do órgão público legitimado, na medida em que não é titular do direito coletivo controvertido. Como salienta a doutrina civilista, com o acordo firmado em inquéritos civis ou ações coletivas, inegavelmente se estarão tornando líquidas as obrigações e/ou resolvendo-se incertezas sobre elementos essenciais ou acidentais acerca das obrigações e deveres entendidos como violados.

Está previsto no art. 841 do atual Código Civil, repetindo o anterior art. 1.035 do Código de 1916, que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Essa norma decorre justamente da necessidade de concessões recíprocas entre as partes como causa da transação, ou seja, como, em regra, cada um está “abrindo mão de parte de seu direito ou interesse, forçoso então que esse direito transacionado seja disponível”¹⁷⁹.

Todavia, são necessárias duas considerações sobre o citado dispositivo.

A primeira, é que, conforme entendimento já praticamente pacificado na doutrina e na jurisprudência civilistas, não se podem confundir os direitos indisponíveis e, portanto, intransacionáveis, com os seus reflexos patrimoniais, pois estes são sempre passíveis

¹⁷⁸ Essa é a conclusão da maioria da doutrina brasileira ao analisar a natureza jurídica dos compromissos de ajustamento de conduta: Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 157; Daniel Fink, *Alternativa à ação civil pública*, p. 119; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, pp. 313-316; Édis Milaré, *Direito do ambiente*, 8ª parte, Tit. XIII, Cap. I, Seção III, item 1; Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, pp. 284-285, José Marcelo Vigliar, *Tutela jurisdicional*, p. 139; Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação nas ações coletivas*, pp. 149-153; Luiz Paulo Sirvinskis, *Manual de direito ambiental*, p. 159.

¹⁷⁹ Claudio Bueno de Godoy, comentários ao art. 814, In: Ministro Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, p. 810.

de transação. De fato, no âmbito do direito civil, não pode haver transação sobre direitos de família puros ou da personalidade, por exemplo, visto que são indisponíveis. No entanto, os reflexos patrimoniais oriundos da exploração de imagem, voz ou mesmo alimentos, estes sim poderão ser objeto de transação, sem maiores questionamentos. “O direito em si é que, nesses casos, é indisponível”¹⁸⁰.

Como referido por Carlos Alberto de Sales, “nem sempre será necessário o concurso da jurisdição estatal, pois há bens que, muito embora abrangidos por um regime legal de indisponibilidade, se submetem à transação das partes”¹⁸¹.

Nessa linha:

é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens. No tocante a esta última, é preciso distinguir daquelas situações em que a indisponibilidade gera a impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar”¹⁸².

Ademais, uma segunda consideração refere-se à “apropriação” do instituto da transação pelo Código Civil. Na realidade, o art. 841 deve ser entendido não como impeditivo de transação entre outros ramos do Direito, mas como uma delimitação das regras previstas no Código Civil sobre a transação. Isto é, as regras constantes nos arts. 840 a 850 somente são aplicáveis a direitos patrimoniais de caráter privado, mas não se impede que haja “transação” na esfera criminal ou tributária, por exemplo, desde que regulamentada por legislação específica. Como já alertava Pontes de Miranda acerca do art. 1.035 do Código Civil de 1916, “se o direito patrimonial é de caráter público, e.g., impostos e taxas federais, estaduais, ou municipais, ou paraestatais, a transacionabilidade depende de lei especial”¹⁸³.

Portanto, no âmbito dos direitos coletivos, também será possível haver transação entre os envolvidos, desde que respeitados os limites da legislação autorizativa de tais ajustes, assim como também é possível a transação envolvendo o interesse público primário ou a aplicação de sanções penais, como se passa a verificar na sequência.

¹⁸⁰ Claudio Bueno de Godoy, comentários ao art. 814, In: Ministro Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, p. 810.

¹⁸¹ Carlos Alberto de Sales, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 94.

¹⁸² Op. Cit., p. 95.

¹⁸³ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado, tomo XXV*, p. 219.

1.5. Compromisso de ajustamento de conduta: positivação da possibilidade de acordos no microsistema das ações coletivas

Em geral, a doutrina menciona que a origem do compromisso de ajustamento de conduta remonta à lei 7.244/84, que disciplinava o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas. No parágrafo único de seu art. 55, previa a possibilidade de acordo celebrado entre as partes, referendado pelo Ministério Público, como sendo título executivo: “valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

No entanto, não se tratava exatamente de um compromisso de ajustamento de conduta, mas da mera ampliação do rol de títulos executivos extrajudiciais, permitindo que acordos homologados entre particulares e homologados pelo Ministério Público pudessem ser futuramente executados diretamente, sem a necessidade de prévia ação de conhecimento. Ao contrário dos termos de ajustamento de conduta que conhecemos atualmente, não se tratava exatamente de acordo em que o Ministério Público figurava como uma das partes, na qualidade de legitimado extraordinário para a tutela de direitos transindividuais.

Assim, Hugo Nigro Mazzilli aponta a origem do compromisso de ajustamento de conduta no art. 41, inciso III, da Lei Complementar 304/82, do Estado de São Paulo, anterior Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo e que previa que o Promotor de Justiça, em suas atribuições, para funcionar como curador de ausentes e incapazes, poderia homologar acordos extrajudiciais quando houvesse interesses de incapazes¹⁸⁴.

Ainda na década de 80, surgiu no *Parquet* paulista um movimento pela inclusão da possibilidade de que transações entre partes maiores e capazes fossem homologadas pelo Ministério Público, na lei dos juizados de pequenas causas. Tais acordos eram comuns em decorrência do atendimento ao público pela instituição¹⁸⁵. A proposta foi então incorporada pelo art. 55 da Lei Federal 7.244/84. Tal possibilidade está mantida no art. 57 da atual Lei 9.099/95, sendo que também foi incorporada pelo art. 858, II, do CPC-73, após reformado pela Lei 8.953/94.

¹⁸⁴ Todavia, considera que essa previsão era inconstitucional, pois, de acordo com a legislação federal, a matéria de transação importa poder de disponibilidade e os pais ou responsáveis legais por incapazes só poderiam transigir se previamente autorizados pelo juiz (Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 299).

¹⁸⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 440.

No entanto, ainda hoje, apenas acordos firmados por partes maiores e capazes podem ser homologados pelo Ministério Público. Havendo interesse de incapaz, haverá necessidade de homologação judicial.

Na realidade, verifica-se que a tendência ao longo dos anos foi pela extensão dos títulos executivos extrajudiciais, sendo que atualmente não só o Ministério Público, mas também a defensoria pública e os advogados podem referendar acordos firmados e, com isso, caracterizá-los como títulos executivos extrajudiciais.

Retornando ao tema relacionado com a origem do compromisso de ajustamento de conduta, vale lembrar que, no âmbito administrativo, já eram permitidas soluções pactuadas em algumas hipóteses, como aquelas previstas pelo art. 8º da Lei 6.938/81, que no seu inciso IV tratava da possibilidade de celebração de “acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental”. Mas também não se podia falar ainda de compromisso de ajustamento de conduta, pois o acordo a ser firmado não constituiria título executivo extrajudicial e apenas se limitava à penalidade administrativa¹⁸⁶. Entende-se como antecedente ao compromisso de ajustamento de conduta porque não deixava de decorrer de solução negociada de conflitos envolvendo toda a coletividade.

Nesse contexto, talvez a principal contribuição para o desenvolvimento do instituto decorra dos bons resultados do atendimento ao público pelos membros do Ministério Público, cujas transações mediadas entre terceiros capazes vinham resultando em termos homologados que constituíam títulos executivos, em favor das próprias partes conciliadas:

uma das razões de a lei haver atribuído eficácia executiva ao termo de compromisso de conduta se deve ao fato de que o Ministério Público sempre manteve rica e exitosa experiência do atendimento ao público, funcionando, muitas vezes, como orientador de questões criminais, de família, de menores, de trabalhadores, de vizinhos, em que se buscava uma admoestação ou, até mesmo, providência policial ou judicial. E os acordos viabilizados pela instituição ministerial, nesses casos, muitas vezes eram inadimplidos, de

¹⁸⁶ O art. 8º, inciso IV, da Lei 6.938/81 atualmente dispõe que compete ao CONAMA “homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental”. Tal dispositivo sofreu veto parcial do Presidente da República, extirpando de seu texto a previsão, ao final, de que “quando se constatarem danos a terceiros, a homologação somente poderá ser feita mediante prova de indenização aos lesados”. Segundo as razões de veto, a prova de indenização dos terceiros dificultaria muito a consecução do objetivo de possibilitar a transformação da pena pecuniária em obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental.

modo que a parte lesada ficava sem a garantia de seu cumprimento, porquanto esses acordos eram desprovidos de eficácia executiva¹⁸⁷.

Além disso, a noção de poder de polícia pouco a pouco passava a uma ideia de regulamentação, levando o Estado a um panorama de maior conciliação, permitindo-se a terceiros que viessem a adotar, em determinadas situações, soluções negociadas a respeito da forma de cumprimento de normas legais relacionadas a interesses transindividuais.

Por outro lado, a existência do inquérito civil, previsto pela Lei 7.347/85 como procedimento administrativo investigatório do Ministério Público, contribuiu para a possibilidade de que os entes colegitimados para ajuizar a ação civil pública também pudessem firmar “acordos” junto aos causadores de danos à coletividade. Isso porque a experiência já demonstrava que o inquérito civil permitia a solução de irregularidades e ilegalidades de modo independente ao processo jurisdicional, o que aliás acabava sendo evitado, contribuindo para a redução do número de demandas judiciais e conseqüente melhora do acesso à Justiça¹⁸⁸.

Conforme bem sintetizado por Geisa de Assis Rodrigues,

conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos, constatada na condução dos inquéritos civis públicos, tivemos o nascimento do instituto do termo de ajustamento de conduta¹⁸⁹.

A possibilidade de se firmar compromisso de ajustamento de conduta foi introduzida em nosso ordenamento pela Lei 8.069, em 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Dentro de um capítulo versando especificamente sobre a proteção judicial dos direitos transindividuais tratados pelo ECA, foi inserido o art. 211, prescrevendo que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Porém, aproximadamente três meses depois, com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, que se tornou a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o instituto foi

¹⁸⁷ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 112.

¹⁸⁸ “Entendemos que o compromisso de ajustamento de conduta foi criado pelo legislador para atender ao interesse público, evitando o nascimento ou impedindo o prosseguimento de demanda coletiva, bem como para fomentar o empreendimento privado, que gera emprego e circulação de riquezas, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa e da livre iniciativa” (Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 115).

¹⁸⁹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 89.

estendido como regra geral à proteção de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, o art. 113 da Lei 8.078 inseriu o §6º do art. 5º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com os seguintes dizeres:

“os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

1.5.1. Os debates envolvendo a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta

A partir do compromisso de ajustamento de conduta, alguns dos entes legitimados (os órgãos públicos), poderão tomar dos agentes responsáveis pela ameaça ou pelos danos aos interesses transindividuais em questão o compromisso de adequação de suas práticas às exigências legais, solucionando as questões investigadas e, assim, evitando-se a judicialização de um litígio.

Porém, ao mesmo tempo que o legislador passou a prever a possibilidade de resolução amigável dos conflitos coletivos, restringiu a margem de deliberação das partes, dizendo que o compromissário deve necessariamente se adequar “às exigências legais”. Por isso, a partir de então, surgiram muitos questionamentos a respeito do alcance e da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, o que até hoje encontra-se em debate na doutrina.

Hugo Nigro Mazzilli aponta que o ajustamento de conduta possui natureza de *ato administrativo negocial*, caracterizado por uma declaração de vontade do poder público manifestada pelos órgãos legitimando a sua celebração. Ao particular, restaria aceitar ou não adequar sua conduta às exigências legais. Segundo entende, aos órgãos públicos somente é permitido tomar, do interessado, a obrigação de fazer ou não fazer conforme as prescrições legais, vedando-se a possibilidade de renunciar a direitos ou realizar concessões, em razão da indisponibilidade dos interesses transindividuais:

é o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 452.

Contudo, trata-se de opinião minoritária e que não parece refletir todo o potencial atribuído pela Lei 8.078/90 ao compromisso de ajustamento de conduta, o qual corresponde a um ato jurídico nitidamente bilateral, mostrando-se insuficiente tentar caracterizá-lo como singelo ato administrativo.

Realmente, os atos administrativos unilaterais correspondem a uma declaração do Estado ou de quem os represente, mas sem que se atribua autonomia da vontade ao ato, de modo que não podem ser caracterizados como negócios jurídicos¹⁹¹. Ademais, os atos administrativos estão sujeitos ao regime jurídico-administrativo, que lhes confere alguns atributos, como a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade.

Nesse passo, se os compromissos de ajustamento de conduta fossem entendidos como atos administrativos, poderiam ser impostos aos particulares independentemente de sua concordância, tais como quaisquer outros atos administrativos. Com efeito, “a imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância”¹⁹².

E os ajustamentos de conduta também não podem ser vistos como *contratos administrativos*¹⁹³. Apesar da bilateralidade verificada nos compromissos de ajustamento de conduta, não é todo contrato firmado pela Administração que pode ser entendido como contrato administrativo. De forma assemelhada aos atos administrativos, também os contratos administrativos estão submetidos ao regime jurídico-administrativo, que se caracteriza justamente por conferir prerrogativas e sujeições ao contrato firmado.

Os contratos tipicamente administrativos possuem como características a presença da Administração como contratante, finalidade pública, obediência à forma prescrita em lei, procedimento legal, natureza de contrato de adesão, natureza *intuitu personae*, presença de cláusulas exorbitantes e mutabilidade¹⁹⁴.

De fato, o art. 65, inc. I, da Lei 8.666/93 autoriza que a Administração possa unilateralmente modificar cláusulas do contrato firmado. Além disso, os contratos

¹⁹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 240.

¹⁹² Op. Cit., p. 241.

¹⁹³ Entendendo como contratos administrativos, Rodrigo Fernandes, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 78.

¹⁹⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 305.

administrativos devem decorrer de procedimentos prévios de licitação ou dispensa de licitação. Assim, diferentemente dos ajustamentos de conduta, os contratos administrativos são firmados entre a Administração e o particular ou mesmo outro órgão público para consecução de objetivos de interesse público, mas nas condições estabelecidas pela própria Administração, não havendo possibilidade de negociação de suas cláusulas.

Logo, afastadas as possibilidades de se entender o ajustamento de conduta como ato ou contrato administrativos, verifica-se que possui natureza de ato privado. E como decorre de uma manifestação de vontade, mediante exercício da autonomia privada – ao menos no tocante ao compromissário –, resta apenas a possibilidade de ser visto como um negócio jurídico. Com efeito, os atos jurídicos caracterizam-se por decorrerem de atos voluntários humanos que estejam de acordo com a ordem jurídica (distinguindo-se, assim, dos atos ilícitos). Os atos jurídicos, por sua vez, podem ser subdivididos em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos: os primeiros correspondem a situações em que os efeitos decorrentes de determinada ação humana independem da vontade do agente. Distintamente, quando o agente perseguir o efeito jurídico decorrente do seu ato, então se tratará de negócio jurídico. O negócio jurídico “é a declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico (*Rechtsgeschäft*); no ato jurídico *stricto sensu* ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente”¹⁹⁵.

Realmente, conforme a doutrina civilista, “*in concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”¹⁹⁶. Antônio Junqueira de Azevedo pretendia alcançar conceituação distinta de negócio jurídico, que não ato de vontade (teoria voluntarista) ou declaração (teoria objetiva). De acordo com sua visão, o negócio jurídico não é simples manifestação de vontade, mas “uma manifestação de vontade qualificada, ou a uma declaração de vontade”¹⁹⁷. Prosseguindo na distinção, afirmou que “não se trata mais de entender por negócio jurídico um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que

¹⁹⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, pp. 475-476.

¹⁹⁶ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*, p. 16.

¹⁹⁷ Op. Cit., p. 17.

de psicológica passa a social”¹⁹⁸. Como finalidade, os negócios jurídicos podem buscar aquisição, modificação, extinção ou conservação de direitos¹⁹⁹.

Diante disso, verificamos que realmente os compromissos de ajustamento de conduta estão incluídos na classe dos negócios jurídicos, pois, por meio deles, o órgão público e o compromissário, emitindo declarações de vontade, pretendem solucionar uma determinada ameaça ou lesão a interesses ou direitos transindividuais, ao final estabelecendo cláusulas que implicarão aquisição, modificação, extinção ou mesmo conservação de direitos. Conforme bem sintetizado por Fernando Akaoui, “trata-se de negócio jurídico, na medida em que este ‘é o ato jurídico em que o sujeito quer produzir a consequência prevista na norma’, ou seja, depende da clara e livre manifestação de vontade, sob pena de viciar de forma insanável o título”²⁰⁰.

Os negócios jurídicos são classificados em unilaterais e bilaterais. Será unilateral aquele que se perfaz com uma única manifestação de vontade, tal como ocorre com o testamento, os codicilos e a instituição de uma fundação. Para configuração dos negócios bilaterais, são necessárias duas declarações de vontade coincidentes. Havendo duas manifestações de vontade coincidentes em relação ao seu objeto, surgirá então o consentimento ou acordo de vontades, bastante característica dos contratos em geral²⁰¹.

No entanto, dentre os autores que entendem possuir o ajustamento de conduta uma natureza de negócio jurídico, há compreensões bastante divergentes, basicamente em razão dos respectivos entendimentos sobre a possibilidade, ou não, de concessões recíprocas entre o tomador do TAC e o compromissário.

Ricardo de Barros Leonel considera que o ajustamento de conduta não pode ser entendido como transação, visto que, na verdade, não há concessão alguma por parte do órgão público tomador, “mas sim submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais”²⁰². Portanto, conclui melhor ser utilizada a denominação *submissão a transação*, “pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material”²⁰³. Na mesma linha se posiciona Gregório Assagra de Almeida, pois do mesmo modo entende ser indisponível o direito material

¹⁹⁸ Op. Cit., p. 21.

¹⁹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, p. 479.

²⁰⁰ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 81.

²⁰¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. I, p. 330.

²⁰² Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 354.

²⁰³ Op. Cit., p. 355.

coletivo²⁰⁴. Fábio Ulhoa Coelho entende que se trata de ato bilateral, mas não haveria propriamente concessões recíprocas de modo a considerá-lo transação²⁰⁵.

Seguindo a mesma premissa, há relevantes vozes na doutrina apontando que os ajustamentos de conduta teriam natureza de acordo em sentido estrito, sendo que, do mesmo modo, ao compromissário apenas restaria aceitar, ou não, os termos propostos pelo órgão público. Segundo esse entendimento, os acordos em sentido estrito se distinguiriam da transação porque, ao contrário desta última, não admitem concessões recíprocas.

De acordo com Motauri Ciocchetti de Souza, por não haver disponibilidade quanto aos direitos metaindividuais, não é possível que os colegitimados para a ação coletiva celebrem transação entre os envolvidos. Todavia, “nada obsta que em sede de direitos difusos e coletivos surja acordo entre legitimado ativo e autor do dano ou de sua ameaça, de sorte a solucionar o litígio”²⁰⁶. Por isso, elogia a previsão, no art. 5º da Lei da ACP, de compromisso de ajustamento de conduta, e não transação.

Para Sérgio Shimura, “o compromisso de ajustamento não se constitui em transação, no sentido de concessões mútuas, como previsto pelo direito civil (...). O compromisso releva um ajuste, pelo qual o causador ou ameaçador do dano acede, de modo voluntário e unilateral, às exigências legais”²⁰⁷, configurando, assim, um *acordo extrajudicial*.

No mesmo sentido, Fernando Akaoui concluiu que

não se trata esta figura de uma transação (que impõe necessariamente concessões bilaterais), mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e ao tempo, porém, sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível²⁰⁸.

Antonio Gidi, da mesma forma, conclui que não existe transação na esfera das ações coletivas brasileiras, pois “os representantes não podem fazer concessões reais em nome do grupo que representam”²⁰⁹. Além disso, pondera que o acordo coletivo não poderia vincular os membros do grupo que discordarem de seus termos, podendo a mesma ação ser reproposta por colegitimados. Segundo entende, a formação de coisa julgada *pro et contra* seria condição essencial para que o representante do grupo possa efetivamente ter condições de barganhar com

²⁰⁴ Gregorio Assagra de Almeida, *Manual das ações constitucionais*, p. 235.

²⁰⁵ Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste*, p. 120-122.

²⁰⁶ Motauri Ciocchetti de Souza, *Ação civil pública e inquérito civil*, p. 114.

²⁰⁷ Sérgio Shimura, *Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 133.

²⁰⁸ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 84.

²⁰⁹ Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 360, nota de rodapé 582.

a parte contrária. Sugere, nesse sentido, a possibilidade de que o sistema processual preveja coisa julgada *pro et contra* nas soluções acordadas e *in utilibus* na hipótese de sentença judicial: “o efeito da coisa julgada obtida com o acordo não precisa ser necessariamente o mesmo da coisa julgada obtida com a sentença”²¹⁰.

Sobre a natureza jurídica dos ajustamentos de conduta, Luís Roberto Proença também se filia ao entendimento de que não se trata de transação, mas concorda com Marcelo Abelha, no sentido de que se trata de um instituto novo, que existe *per se*, com suas próprias características. “O compromisso de ajustamento, efetivamente, demonstra diferenças tão substanciais em relação ao instituto civil (transação), que apenas um grande esforço de abstração conceitual poderia fazê-lo uma espécie daquele”²¹¹.

Entretanto, seguindo a doutrina majoritária, entendemos que o ajustamento de conduta consiste em um acordo de vontades entre os envolvidos que implica transação.

Sobre o assunto, José Carlos Baptista Puoli propugnou pelo “reconhecimento da existência de identidade efetiva entre a transação do direito civil e o termo de ajustamento de conduta”²¹², ressaltando que o termo de ajustamento de conduta não deve ser limitado a uma pauta mínima de solução de aspectos do conflito.

Diante de tais aspectos, João Bosco Leopoldino da Fonseca²¹³ e Carla Lobão²¹⁴ também consideram que o compromisso possui natureza de transação, prevista nos arts. 840 a 850 do Código Civil²¹⁵. Enquanto o órgão não investiga mais, a investigada deixa de incorrer nas irregularidades. Tais seriam as concessões recíprocas, sendo que, ao final, inclusive haverá, em regra, a extinção do processo ou procedimento administrativo investigatório da infração à ordem econômica.

Discordamos, no entanto, da ideia de que seria aplicável, sem reservas, o regime jurídico dos arts. 840 a 850 do Código Civil brasileiro²¹⁶, pois, como veremos a seguir, a lei

²¹⁰ Op. Cit., p. 360.

²¹¹ Luís Roberto Proença, *Inquérito civil. Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*, p. 125.

²¹² José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de Justiça*, p. 176.

²¹³ João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Lei de proteção da concorrência*, p. 250.

²¹⁴ Carla Lobão, *Compromisso de cessação de prática*, p. 88.

²¹⁵ Ada Pellegrini Grinover, *Comentários à nova lei antitruste*, pp. 136-139.

²¹⁶ Daniel Roberto Fink, todavia, defende a obediência ao regime jurídico da transação previsto nos arts. 840 a 850 do Código Civil: “em sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e

civil brasileira acolheu a tese de transação como contrato, categoria jurídica da qual não nos parece integralmente adequada ao ajustamento de condutas.

Nessa linha, Luis Paulo Sirvinskaskas parece também defender a natureza de transação dos compromissos de ajustamento de conduta, com a observação de que “transigir não significa necessariamente abrir mão de direitos da coletividade, mas fazer observar certos requisitos legais no intuito de cessar a demanda (o inquérito civil ou a ação civil pública)”²¹⁷.

De fato, como defendemos no presente trabalho, a eventual disponibilidade e transacionalidade dos direitos coletivos, em sentido amplo, não quer dizer que estão os legitimados autorizados a disporem de tais interesses ou direitos de modo arbitrário, como bem entenderem. Estamos de pleno acordo que são limites distintos: aqueles relacionados com a disponibilidade e transacionalidade em si e aqueles que se referem à eventual margem de disponibilidade e transacionalidade. Isto é, são questões distintas saber se determinando interesse é indisponível/disponível ou intransacionável/transacionável e, uma vez superada a possibilidade de transação, saber quais os limites para eventual acordo:

Corroborando esta possibilidade de haver uma amplitude, ainda que mitigada, para o campo da transação no bojo dos ajustamentos de conduta o fato dos interesses terem diferentes medidas de indisponibilidade; somente o caso concreto poderá demonstrar, com maior clareza, quais os elementos efetivamente indisponíveis e quais aqueles nos quais é possível a realização de concessões²¹⁸.

Embora discordemos, ao menos em parte, do forte viés privatista atribuído por Ana Luiza de Andrade Nery aos compromissos de ajustamento de conduta, é adequada a sua conceituação do instituto ao ponderar que:

quanto à natureza do instituto, entendemos que o compromisso de ajustamento tem natureza jurídica de transação híbrida, revelando, como sua característica fundamental, a disposição das partes em negociar os direitos e obrigações que pautarão seus atos e atividade, respeitando-se a principiologia de direito público e de direito privado, o que atribui característica híbrida à transação, tendo como principal finalidade alcançar a melhor efetividade de tutela dos direitos transindividuais²¹⁹.

não privados, o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil” (Daniel Roberto Fink, *Alternativa à ação civil pública*, p. 119).

²¹⁷ Luis Paulo Sirvinskaskas, *Manual de direito ambiental*, p. 973.

²¹⁸ José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de Justiça*, p. 17.

²¹⁹ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 336. Segundo a autora, no compromisso de ajustamento de conduta “configura-se relação verdadeiramente contratual, marcada pelo sinalagma, requisitos do negócio jurídico bilateral” (Op. Cit., p. 160). Se o compromisso for entendido como acordo, mas deixando em evidência a unilateralidade das prestações, não seria verdadeiramente um acordo, mas confissão (de fatos) ou reconhecimento jurídico do pedido. “O compromisso de ajustamento de conduta não significa, de maneira nenhuma, a confissão de fatos ou o reconhecimento, pelo particular interessado em sua celebração, da ilicitude da conduta investigada” (Op. Cit., p. 161). Para chegar a tais conclusões, Ana Luiza Nery

1.5.2. Os acordos em litígios coletivos mesmo quando se está diante de interesses indisponíveis sob a ótica do direito material: concretização e criação do direito por meio das técnicas extrajudiciais de solução de conflitos

Há quem sustente, ainda, que, por meio das técnicas extrajudiciais permitidas pelo microsistema da tutela coletiva, os colegitimados coletivos podem diretamente alcançar a pretendida realização material dos direitos e interesses coletivos, prescindindo-se, para tanto, do processo judicial. Parte-se da ideia de que, superado o método hermenêutico positivista, baseado na interpretação-subsunção – ou seja, segundo a ideia de que a norma encontra-se pré-definida no texto da lei, devendo o intérprete identificar a norma aplicável ao caso concreto a partir dos critérios gramatical, sistemático, histórico ou teleológico, na sequência realizando um processo cognitivo de subsunção –, a hermenêutica evoluiu em dois sentidos: (i) o primeiro em sentido à substituição da ideia de interpretação-subsunção pela de *concretização do direito*; e (ii) o segundo relacionando-se com a identificação de métodos e critérios de controle racional da legitimidade desse processo, como forma de se evitar o arbítrio, inclusive judicial²²⁰.

Distinguem-se, ainda, a *concretização* do direito do momento de sua *aplicação*, que seria a última fase de concretização e nem sempre necessária, visto que as partes envolvidas podem voluntariamente acordar a concretização do direito no caso concreto. Portanto, “não apenas os juízes ou outros órgãos oficiais concretizam o direito, (...) mas o fazem também inúmeros outros participantes da vida social”²²¹, sendo que, na realidade, “apenas a aplicação do direito, que autoriza o uso da força (e, por isso deve ser precedida pelo devido processo legal), é prerrogativa dos órgãos oficiais”²²².

De acordo com a hermenêutica estruturante proposta por Müller, a interpretação das normas deve seguir três planos: (i) programa da norma; (ii) âmbito da norma; e (iii) norma de decisão. Isso porque, segundo o autor:

parte do estudo da principiologia envolvendo o direito privado e também o direito público. Assim, aponta como princípios informativos dos compromissos de ajustamento de conduta, derivados do direito privado: a) solidariedade, b) autonomia privada, c) livre iniciativa, d) imputação civil dos danos, e) função social dos institutos de direito privado e do contrato, e f) lealdade. Adicionem-se os seguintes princípios decorrentes do direito público: g) legalidade, h) impessoalidade, i) moralidade, j) publicidade, k) eficiência, l) proporcionalidade, e m) acesso à justiça.

²²⁰ A ideia de concretização do direito por meio das técnicas extrajudiciais foi bastante desenvolvida pelo procurador da República Alexandre Amaral Gavronski em sua dissertação de mestrado defendida na PUC-SP, cuja publicação em versão comercial recebeu o título *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*.

²²¹ Alexandre Amaral Gavronski, *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 121.

²²² *Ibidem*.

uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída²²³.

Conforme sua *metódica*, deve-se seguir um procedimento estruturado até que se alcance ao objetivo principal do intérprete. A partir do texto da norma, pela aplicação de todos os recursos hermenêuticos disponíveis (e.g. métodos clássicos de interpretação, princípios de interpretação constitucional, dentre outros), chega-se ao *programa da norma*, como resultado dessa interpretação e que é a primeira parte integrante da norma jurídica. Em um segundo momento, coletam-se informações e dados do caso concreto, chegando-se ao *âmbito da norma*, na medida em que esses fatos são relevantes para a questão do direito em tela e compatíveis com o programa da norma elaborado. Por fim, com a soma desses dois primeiros elementos, atinge-se o último ponto do processo interpretativo proposto por Müller: a *norma de decisão*, concretizando a linha conclusiva do raciocínio e se distanciando o texto da norma propriamente dita:

inicialmente caminhamos do texto da norma até a norma jurídica. Em seguida caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a concretização da norma, ou seja, mediante a produção de uma norma jurídica geral, no quadro da solução de um caso determinado.

Sobre essa distância entre texto e norma, pode-se ainda citar José Gomes Canotilho, quando afirma que

a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)²²⁴.

Também no sentido de ampliação do círculo de intérpretes ou agentes “concretizadores” do direito (que não mais deve ser entendido como restrito aos juízes, mas aberto aos que vivenciam a norma), temos a teoria da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* de Peter Häberle.

²²³ Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, pp. 61-62.

²²⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.213.

Conforme esclarece Häberle, não se pode estabelecer um rol *numerus clausus* fechado de intérpretes, visto que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até diretamente, um intérprete dessa norma”²²⁵, sendo que “o destinatário da norma é participante muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente do processo hermenêutico”²²⁶. Dessa forma, as funções estatais que proferem decisões vinculantes, os participantes dos processos dessas decisões, mesmo a opinião pública democrática e pluralista, cidadãos, associações, dentre outros, seriam exemplos de intérpretes da Constituição.

Pois bem. A partir desses fundamentos teóricos, é possível entender que, como os meios alternativos de solução de conflitos estão fundados na busca do consenso como forma de concretizar o direito material, a princípio não demandam o Estado-juiz para *aplicá-lo*, sendo suficiente a manifestação das partes.

Conclusão que se aplica mesmo em relação à arbitragem, sendo necessário o consenso para se firmar o compromisso ou a cláusula arbitral, sem os quais inexistirá arbitragem válida. Ora, tanto não remanesce competência para aplicação da força por parte dos árbitros, que o exercício forçado do direito continua sendo prerrogativa exclusiva do poder jurisdicional do Estado mesmo diante da cláusula ou compromisso arbitral (*jus imperii*)²²⁷. Na realidade, a arbitragem acaba, dessa forma, por confirmar a ideia de *concretização* do direito distinta de sua *aplicação*, pois, como visto, aos árbitros tão-somente cabe a busca de solução heterônoma do conflito, cuja eventual aplicação forçada ficará a cargo da jurisdição estatal.

E, no âmbito da tutela coletiva, a concretização do direito por meio do consenso se dá por meio dos instrumentos colocados à disposição, pela lei, em favor das entidades

²²⁵ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, p. 13.

²²⁶ Op. Cit., p. 15.

²²⁷ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corretamente vem decidindo que, por faltar poder de império às cortes arbitrais, somente o juízo estatal pode proceder à execução forçada de títulos executivos: “o árbitro não tem poder coercitivo direto, de modo que não pode impor restrições ao patrimônio do devedor” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.277.725, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/03/2013). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao assentar que “a existência de cláusula compromissória é prevista para a finalidade de solucionar conflitos de ensejem atividade cognitiva, com expressa ressalva a respeito da possibilidade de utilização da via jurisdicional para a atividade executória. Assim, não existe óbice ao processamento da execução, atividade, aliás, que não pode ser realizada pelo árbitro, diante da existência de um título executivo extrajudicial” (TJSP, 31ª Câmara da Seção de Direito Privado, AI 0047019-51.2013.8.26.0000, Des. Antônio Rigolin, j. 02/04/2013).

colegitimadas para defesa dos direitos e interesses coletivos, cuja legitimidade igualmente advém da legislação.

Defendendo a ampliação do círculo de intérpretes não apenas ao direito constitucional, mas também ao direito coletivo, principalmente no sentido de que o círculo de intérpretes deve ser ampliado e não restrito aos juízes, Alexandre Amaral Gavronski conclui que

o monopólio que se impõe reservar ao Poder Judiciário em sede de tutela coletiva é o de proferir, por meio do processo judicial, uma última decisão definitiva e vinculante, vale dizer, passível de imposição à força, quando as alternativas construídas pelas técnicas extraprocessuais falharem no seu mister de realizar o direito, i.e, de garantir-lhe efetividade²²⁸.

Para o autor, essa seria a melhor interpretação condizente com o pluralismo da sociedade moderna e com o novo paradigma jurídico que se vêm imposto com a pós-modernidade, permitindo que o direito se volte para a realidade concreta, para a pluralidade social e para a transdisciplinaridade, com incremento do seu poder de integração e ordenação social. A partir das ideias de Peter Häberle, a interpretação da norma deve-se abrir a alternativas diversas, conforme “mais a aproximam da realidade regulada pela norma e que se constroem por meio de formas refinadas de mediação pública e pluralista com direta participação, como sujeitos, daqueles que são, formalmente, objeto da norma”²²⁹. Desse modo, estaria superada a visão da interpretação da norma como submissão ou passiva recepção de ordens.

²²⁸ Alexandre Amaral Gavronski, *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 125.

²²⁹ *Ibidem*.

1.6. Direito estrangeiro: a possibilidade de acordo nas *class actions* do direito norte-americano

1.6.1. As *class actions*

Os sistemas jurídicos da *common law*, principalmente o norte-americano, serviram de inspiração para doutrina e legislador pátrios durante o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil, especialmente em relação às ações individuais homogêneas. Por tal razão, entendemos relevante apresentar alguns apontamentos sobre o regime das *class actions* no direito estadunidense.

Em termos gerais, a ação de classe do direito norte-americano permite que um indivíduo, parte de um grupo maior ou organização, ajuíze uma demanda em favor de todos os demais, nos casos em que tal procedimento seja mais eficiente e eficaz que as ações individuais (de acordo com os requisitos previstos pela legislação). As ações coletivas são muito comuns atualmente, notadamente envolvendo questões antitruste, securitárias e ambientais. Verifica-se sua necessidade também nas hipóteses em que os danos pecuniários sofridos por cada um dos lesados sejam ínfimos, se considerados individualmente, mas relevantes se considerados de um modo global, como muitas vezes se nota em questões consumeristas.

As *class actions* originaram-se a partir do *bill of peace* do inglês, no século XVII, segundo o qual permitia-se a propositura de uma ação (ou defesa em uma ação) por intermédio de partes representativas (*representative parties*).

Posteriormente, a *class action* ganhou novos contornos com a edição do *Court of Judicature Act*, de 1873. Por meio de tal diploma legislativo, foi disciplinada de modo semelhante aos seus atuais procedimentos nos países de *common law*. Em sua fase inicial, em razão de sua origem inglesa, nas *chancery courts*, as *class actions* apenas eram conhecidas quando a sua razão ou seu fundamento referiam-se à equidade. Foi somente no século XIX, com a fusão dos sistemas de *common law* e *equity*²³⁰, decorrente do *Court of Judicature Act* de 1873, que as *class actions* tornaram-se disponíveis para ambos.

²³⁰ Com a conquista normanda da Inglaterra, no século XI, o direito que os Tribunais de Westminster criavam e aplicavam, denominado de *Common Law*, passou a crescentemente suplantando o direito costumeiro local aplicado pelas *County Courts* a cada tribo dos habitantes originários. O sistema da “lei comum” substituiu os sistemas tribais, decorrente da centralização governamental que se implementou com a vinda dos Normandos. Todavia, os tribunais não eram acessíveis a todos, sendo o procedimento ainda muito formalista e caracterizado pelos precedentes como única fonte de Direito. Diante da quase imutabilidade do Direito, em razão da força atribuída

De acordo com a sua Regra 10 (*Rule 10*), havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes poderiam acionar ou ser acionadas, ou ainda ser autorizadas pela Corte, para litigar em benefício das demais. Portanto, se demonstrados os requisitos necessários, ali se incluindo a verificação de um grande número de litigantes, comunhão de interesses e que as partes estivessem em condições de representar o grupo adequadamente, a *class action* poderia ser admitida.

Posteriormente, novas alterações ocorreram em razão da regulamentação trazida pela *Federal Equity Rule 38*, de 1912, e também pela Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, cuja redação foi alterada em 1966. E foi justamente com a Regra 23 das *Federal Rules* que as *class actions* adquiriram seu modelo mais atual, destinado à aplicação genérica na esfera de competência dos tribunais federais. A reforma de 1966 serviu para sanar omissões e dúvidas, notadamente aquelas relacionadas com a classificação ternária das *class actions* presentes no estatuto de 1912, pois não era tão clara, ocasionando muitas dificuldades práticas nos tribunais. Com a reforma de 1966, inúmeros Estados também promoveram alterações em suas legislações processuais, espelhando a nova regulamentação para os seus respectivos sistemas processuais.

De um modo geral, apresentam-se as seguintes características das *class actions*.

No tocante à legitimidade, a demanda pode ser proposta por qualquer pessoa, não havendo rol de legitimados, embora haja a necessidade de que seja considerada um representante adequado do grupo (*adequacy of representation*), o que será aferido pelo magistrado à luz do caso concreto. O autor não depende de qualquer autorização para intentar a ação coletiva em nome da classe. No entanto, fica subordinado ao controle judicial. Deverá ser levado em conta o número de representantes e sua capacidade de bem representar os interesses de todo o grupo, inclusive no aspecto financeiro. Verifica-se, ainda, a qualidade de seus advogados, por meio de sua experiência anterior, qualidade de petições à Corte, etc. Até mesmo os motivos que trazem os representantes a juízo mostram-se relevantes nesse momento.

aos precedentes dos altos tribunais então existentes, surgiu a *Equity*, como conjunto de normas elaboradas pelos Tribunais de Chancelaria como reação ao *Common Law*. Tratava-se de um procedimento escrito, inspirado no procedimento canônico, e que buscava suprimir lacunas e complementar o *Common Law*. Porém, com a evolução do direito inglês e norte-americano, muito influenciados pelas obras de Jeremy Bentham, os dois sistemas acabaram sendo fundidos no século XVIII.

Outro aspecto a ser considerado relaciona-se com os conflitos existentes dentro do próprio grupo. Eventuais conflitos relacionados a pontos centrais do litígio impedirão a aceitação e prosseguimento da *class action*.

Sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada, uma vez admitida a demanda coletiva, o comando decorrente da sentença atingirá todos os integrantes da classe que tenham sido regularmente notificados e não tenham exercido seu direito de exclusão (*opt out*). Com efeito, o autor deverá proceder à notificação (*fair notice*) de todos os membros da classe que estiverem ausentes. Dessa forma, garante-se o devido processo legal em relação a todos aqueles que futuramente estarão sujeitos à coisa julgada. O efeito vinculante da decisão coletiva é denominada de *binding effect*. Importante ressaltar que tal efeito, diferentemente do sistema brasileiro, não é *secundum eventum litis*. Isto é, a sentença atingirá a todos, independentemente de seu resultado: se procedentes, ou não, os pedidos iniciais.

A Regra 23 garante que o membro da classe regularmente notificado possa requerer sua exclusão (*right to opt out*), hipótese em que não será atingido pelos efeitos da decisão a ser proferida na ação coletiva, mas podendo a qualquer tempo intentar demanda individual. Tal norma também prevê que ao juiz cabe, discricionariamente, delimitar a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada.

No que tange ao objeto das *class actions*, a *Rule 23* prevê algumas regras específicas para determinadas situações²³¹.

²³¹ *Rule 23 (...). (b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.* Em tradução livre: Regra 23 (...). (b) Tipos de ações de classe. Uma ação coletiva pode ser mantida se a Regra 23 (a) estiver satisfeita e se: (1) processar ações separadas por ou contra membros individuais da classe e criar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou variáveis em relação a cada classe que faria estabelecer padrões de conduta incompatíveis para o partido que se opõe à classe; ou (B) decisões relativas a membros individuais de classe que, de maneira prática, disponham dos interesses dos outros membros que não sejam parte das decisões individuais ou prejudiquem substancialmente ou impeçam sua capacidade de proteger seus interesses; (2) a parte que se opõe

Pela Regra 23(b)(1)(a), ficam disciplinadas as denominadas *incompatible standards class actions* para tutela de interesses indivisíveis, isto é, referentes a casos em que haja risco de pronunciamentos judiciais inconsistentes ou variados (contraditórios) perante os integrantes da classe, gerando padrões incompatíveis de conduta para membros do grupo. São hipóteses em que a lide não poderia ser bem resolvida no âmbito de ações individuais múltiplas. Nessas ações, são cabíveis providências de natureza mandamental e constitutiva, sendo que a vinculação dos membros é absoluta, quer dizer, não poderão requerer sua exclusão (*opt-out*).

Na segunda categoria, prevista na Regra 23(b)(1)(b) e chamada de *limited fund class action*, permite-se a certificação da ação de classe em benefício de membros da classe que estariam “dispondo” de interesses de outros integrantes, não integrantes da ação. Cita-se a situação em que membros de uma classe estejam pleiteando pagamentos de quantias compensatórias provenientes de um fundo comum limitado, caso em que, se procedentes os pedidos, o fundo comum poderá ser exaurido²³².

De acordo com a Regra 23(b)(2), poderá haver certificação de classe quando a parte adversa tiver agido ou se omitido em razão de um fundamento aplicado a toda a classe. A sentença será condenatória de obrigação de fazer ou não fazer ou declaratória, mas extensiva a todos os membros da classe. É hipótese comum para tutela de direitos civis e constitucionais.

Por último, na Regra 23(b)(3) está contida a *class action for damages*, motivada por ideias de acesso à Justiça e economia processual. Mas não basta que as questões de fato ou direito sejam comuns aos membros de uma classe. Pelo sistema norte-americano, somente será possível certificar a *class action* nos casos em que as questões comuns forem prevalentes ou superiores às questões que dizem respeito somente aos membros individuais.

Diante de tal quadro, Ricardo de Barros Leonel bem sintetizou que, para a aceitação de uma demanda proposta como *class action*:

à classe age ou se recusa a agir por motivos que se aplicam em geral à classe, de modo que a injunção final ou a decisão declarativa correspondente seja apropriada em relação à classe como um todo; ou (3) o tribunal considera que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predominam em relação a quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que uma ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar de forma justa e eficiente a controvérsia. As questões pertinentes a esses achados incluem: (A) os interesses dos alunos em controlar individualmente a acusação ou defesa de ações separadas; (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada por ou contra os alunos; (C) a desejabilidade ou a indesejabilidade de concentrar o litígio das reivindicações no fórum particular; e (D) as dificuldades prováveis na gestão de uma ação coletiva.

²³² Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas*, p. 86.

a) deve haver uma classe; b) aquele que se pretende adequado representante deve ser membro atual da classe; c) a classe deve ser tão numerosa que a reunião de todos os seus membros demonstre-se impraticável; d) as questões que dão ensejo ao litígio, de fato ou de direito, devem ser comuns aos membros da classe e predominar com relação às questões individuais; e) as pretensões deduzidas pela ‘parte ideológica’ devem ser típicas da classe; f) há necessidade de reconhecimento de efetiva representação adequada (não simplesmente potencial) dos interesses de toda a classe, pelo indivíduo presente na relação processual; g) a hipótese trazida a juízo se amoldar a uma das situações indicadas na *Rule 23*, i.e., se há risco de se ter regras individuais de conduta incompatíveis entre si, se há busca de uma injunção a favor ou contra a classe para que sejam respeitados direitos civis, ou ainda, se é conveniente, por economia processual e segurança jurídica, a junção de centenas, milhares ou milhões de lides individuais para uma decisão vinculante, conjunta e uniforme, salvo na hipótese de autoexclusão²³³.

A respeito do requisito “c”, deve-se demonstrar que eventual litisconsórcio tornará a demanda extremamente difícil ou inconveniente. Não é exigível que se trate exatamente de uma “impossibilidade”.

Perante tais requisitos, há a previsão de dois momentos para aceitação de uma demanda como coletiva. Inicialmente, durante a fase denominada de certificação (*certification*), deverá ser identificada a presença dos requisitos acima listados. O autor deverá demonstrar todos os requisitos acima enumerados, inclusive delimitando qual exatamente a classe de membros representados. Além disso, também será necessário que as questões predominantes sejam comuns a toda a classe, devendo, por exemplo, descrever na petição inicial uma conduta padrão violadora de direitos comuns aos membros da classe.

Interessante que o procedimento de certificação não é definitivo. Isto é, eventos futuros poderão ocasionar a revisão da decisão preliminar por parte da Corte, quando então eventualmente se determinará que sejam propostas ações individuais. Além disso, a certificação poderá ser parcial ou com determinação de segregação de algumas questões em demandas diversas.

E a se confirmar os amplos poderes conferidos ao juiz, durante o procedimento das *class actions*, cumpre notar que eventuais acordos entre as partes litigantes deverão ser obrigatoriamente objetos de homologação judicial. A preocupação é de se evitar fraudes e/ou

²³³ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 67.

prejuízos aos representados. Aliás, permite-se que terceiros ausentes impugnem acordos. E isso se faz possível porque o juiz também deverá assegurar a *notice* dos representados para que tenham conhecimento do acordo submetido à homologação. Os terceiros poderão manifestar-se sobre a transação ou até mesmo exercer nesse momento o direito de autoexclusão (*opt out*).

1.6.2. Possibilidades e limites de soluções consensuadas no direito coletivo estadunidense

Como se sabe, em comparação ao sistema processual brasileiro, o norte-americano estimula as situações consensuais de uma forma muito mais intensa, havendo quem mencione que aproximadamente 90% dos processos judiciais iniciados nos Estados Unidos são encerrados por meio de acordos, sendo que, em regra, os conflitos inclusive são compostos extrajudicialmente²³⁴. Como explicam Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, apesar da visibilidade do processo civil norte-americano no cenário político, apenas situações excepcionais de fato acabam redundando em uma ação judicial²³⁵. À via judicial, em geral, são iniciadas apenas ações envolvendo “casos duvidosos”²³⁶.

Em relação às ações de classe, a situação não é diferente.

De acordo com uma pesquisa conduzida por Mayer Brown em 2013, tendo como objeto de estudo 148 ações de classe federais propostas em 2009²³⁷, verificou-se que, passados quatro anos de suas respectivas distribuições, nenhuma havia recebido julgamento final de mérito, pois nenhuma de fato chegou a ser julgada (*trial*) perante um juiz ou júri: 14% continuavam pendentes de julgamento, 30% foram extintas em razão da desistência do autor,

²³⁴ “De 70 a 95% dos casos são extintos sem julgamento do mérito, através dos acordos” (Antônio Gidi, *Recensões. Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, American civil procedure*, pp. 854-855).

²³⁵ Michele Taruffo inclusive menciona não haver mais um modelo tradicional de justiça civil da *common law*, em contraposição a um modelo de *civil law*. Além de outras mudanças contextuais por ele citadas, “o modelo do processo de *common law* não pode mais ser definido segundo o esquema bifásico de *pre-trial* e *trial*, salvo com o custo de provocar graves mal entendidos, pela simples razão que, em uma frequência da ordem de 90 a 98 por cento dos casos, o *trial* não tem lugar” (*Processo civil comparado: ensaios*, p. 21).

²³⁶ “Although civil litigation is highly visible in American political scene, resort to litigation is in fact exceptional. In most situations where the injured party has a legally provable claim, the loss is covered by the victim’s own insurance or simply absorbed as a misfortune. Litigation ordinarily is pursued only in cases of serious injury resulting from conduct whose legal wrongfulness is at least reasonably arguable” (Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, *American civil procedure*, p. 208). Em tradução livre: Embora o litígio civil seja altamente visível na cena política americana, o recurso ao litígio é de fato excepcional. Na maioria das situações em que a pessoa lesada possui uma reivindicação legalmente provável, a perda é coberta pelo próprio seguro da vítima ou simplesmente absorvida como um infortúnio. A judicialização da demanda somente é perseguida em caso de prejuízo grave resultante de uma conduta cuja ilegalidade seja pelo menos razoavelmente discutível.

²³⁷ Foram analisadas 148 ações coletivas mencionadas nos periódicos BNA Class Action Litigation Reporter and the Mealey’s Litigation Class Action Reporter que apenas tratavam sobre direitos consumeristas, pois se entendeu impraticável verificar cada uma das ações coletivas propostas em 2009.

27% foram julgadas improcedentes e extintas pelos tribunais antes de serem certificadas como ações de classe e 28% encerradas em razão de acordos com efeitos a toda classe²³⁸.

Na realidade, há um estímulo ainda maior nas ações de classe, pois o réu, não raro, sente-se muito pressionado a celebrar um acordo como forma de evitar até mesmo sua falência, dados os altos valores que costumam ser fixados em ações indenizatórias. Em geral, a pressão é tamanha que, após a certificação de uma coletiva, o réu acaba cedendo e firmando um acordo mesmo quando entende a pretensão ser improcedente ou até mesmo abusiva²³⁹.

Aliás, por esse motivo, a prática demonstra que, muitas vezes, as maiores disputas no processo coletivo estadunidense se dão justamente na fase de certificação, pois os réus valem-se de todos os meios de oposição possíveis para evitar que a ação seja certificada como coletiva. Isso tende a ocorrer nos casos em que os valores individuais são baixos, insuficientes para justificar que cada lesado intente uma ação individual. É que, nessas situações, a certificação da ação coletiva trará à tona toda a potencial contingência oriunda da lesão afirmada, pressionando o réu ao acordo.

Além do réu, há também grande interesse econômico-financeiro do advogado do grupo, o qual está diretamente envolvido nas despesas processuais. Caberá a ele antecipar as despesas do litígio e arcar com prejuízos na hipótese de improcedência. Por outro lado, poderá ganhar honorários milionários no caso de acolhimento da pretensão do grupo.

Nesse contexto, verifica-se que, em geral, o réu e o advogado são os grandes interessados no acordo e são justamente quem mais ativamente participam das rodadas de negociação diante da dispersão do grupo. Por isso, a legislação norte-americana preocupa-se com a proteção dos interesses dos membros ausentes ao regulamentar os acordos nas ações de classe, visto que possíveis conluíus entre o advogado do grupo e o réu são uma possibilidade evidente. Assim, “para manter as vantagens dos acordos e minimizar os riscos de colusão, a lei condicionou a validade de qualquer acordo obtido em uma ação coletiva à notificação dos membros do grupo e à aprovação dos seus termos pelo juiz”²⁴⁰.

²³⁸ Mayer Brown LLP, *Do Class Actions Benefit Class Members? An Empirical Analysis of Class Actions*.

²³⁹ “Once the class has been certified, it is usually only a matter of time before the defendant will offer to settle the case” (Michael A. Almond, *Settling rule 23 class actions at the precertification stage: is notice required?*, p. 305).

²⁴⁰ Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 309.

Essa solução está bastante distanciada da ampla liberdade e independência conferida às partes nos litígios individuais, inclusive nas ações criminais (*plea bargain*), quando nem mesmo se percebe a existência de direitos indisponíveis²⁴¹. A *Rule 41 (a) (1)* prevê que o processo individual deve ser extinto independentemente de ordem judicial, sempre que as partes firmarem um acordo nesse sentido. Interessante, ainda, a previsão da *Rule 1.2. (a)* do *Model Rules of Professional Conduct* editado pela *American Bar Association* (que poderia ser explicado como sendo um código de ética dos advogados norte-americanos), ao mencionar que a decisão sobre a aceitação, ou não, de uma proposta de acordo, no âmbito dos processos individuais, cabe exclusivamente ao cliente, devendo o advogado aceitar a posição do seu cliente, ainda que dela discorde.

De acordo com a regra 23 (e), “as pretensões, questões, ou defesas em uma ação de classe certificada poderão ser objeto de acordo ou extinção voluntária somente com a aprovação do juiz”. Estando determinado já na sequência, pela regra (e) (1), a necessidade de prévia notificação dos membros ausentes do grupo: “o juiz ordenará uma notificação razoável para todos os membros do grupo que seriam vinculados pela proposta”²⁴².

Nota-se, portanto, que o direito norte-americano optou por indicar o juiz da causa como responsável por controlar os acordos firmados no âmbito das *class actions*. Poderia ter optado por uma associação privada, pelo *attorney general*, uma instância superior ou mesmo o chefe do poder Executivo local, mas escolheu o mesmo juiz a quem cabe decidir o mérito da lide. Trata-se da mesma solução que já estava prevista na *Rule 23 (e)*, de 1938.

A ação de classe pode ser extinta de variadas formas. A primeira hipótese refere-se à possibilidade de abandono ou expressa desistência da ação coletiva pelo representante do grupo. Ele pode, ainda, promover a emenda da ação com eliminação do pedido de certificação da ação como coletiva, requerendo o prosseguimento como ação individual. E, claro, pode celebrar acordo com o réu que envolva resolução do mérito da questão posta em juízo, no entanto, versando sobre sua pretensão ou sobre a pretensão coletiva do grupo.

Todavia, apenas neste último caso haverá extinção da ação coletiva com resolução do mérito (*dismissal with prejudice*). Em todas as primeiras situações, a extinção se

²⁴¹ Antonio Gidi afirma categoricamente que “o próprio conceito teórico de ‘direitos indisponíveis’ é inexistente no direito americano” (Op. Cit., p. 309).

²⁴² Tradução livre da redação original: “23 (e) *The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. (...) (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal*”.

dará sem resolução do mérito (*dismissal without prejudice*). Apesar dessa distinção, em qualquer hipótese haverá necessidade de aprovação da desistência ou do acordo pelo magistrado, pois nem a expressa desistência extinguirá a ação de modo automático. Claro que, além da extinção pela homologação de acordo ou desistência, tal processo também poderá decorrer de decisão sobre o mérito, cabimento da ação ou validade do procedimento, sendo que nestas três últimas situações é desnecessário se observar o procedimento da *Rule 23 (e)*. No entanto, é importante mencionar que, mesmo na hipótese de desistência ou acordo sobre parte da ação coletiva, será necessário se atender a esse procedimento, inclusive buscando a exclusão de um ou mais réus da ação²⁴³.

Situação controvertida refere-se ao acordo individual enquanto não houve certificação da ação de classe. É que, em regra, de acordo com as *Federal Rules*, não se condiciona a extinção de uma ação individual, por desistência ou acordo, à prévia homologação judicial. Todavia, quando proposta a ação como ação de classe, a princípio deverá ser vista e tratada como se fosse ação coletiva, até que sobrevenha decisão negando a certificação. Portanto, seguindo essa premissa, discute-se sobre a necessidade de atendimento ao procedimento da Regra 23 (e) previamente à extinção da ação, proposta como ação de classe, mas ainda não certificada²⁴⁴.

Quanto ao acordo coletivo, propriamente dito, antes de ser submetido à aprovação judicial, deverá ser objeto de notificação de forma adequada aos membros do grupo. A ideia é justamente permitir que os membros ausentes possam impugnar os termos do acordo e/ou exercer, em uma segunda oportunidade, o seu direito de autoexclusão (*opt out*). A *Rule 23 (e) (5)* inclusive prevê que, oferecida alguma objeção à proposta de acordo, somente poderá ser retirada com autorização do juízo.

Com efeito, o acordo coletivo, após homologado, levará à extinção da ação coletiva com julgamento de mérito (*dismissal with prejudice*), ou seja, seguindo a lógica do sistema das *class actions*, fará coisa julgada *pro et contra*, contra todos os membros do grupo que não tenham exercido o direito de autoexclusão (*binding effect*).

²⁴³ Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 311.

²⁴⁴ A respeito da exigência de notificação prévia à homologação dos denominados *precertification settlements*, ver Michael A. Almond, *Settling rule 23 class actions at the precertification stage: is notice required?*,

E diferentemente do direito brasileiro, em que ainda pairam muitas divergências, o direito estadunidense considera que o acordo coletivo possui efetiva natureza de transação, de modo que o representante e o advogado do grupo possuem ampla margem de negociação com a parte contrária, podendo inclusive renunciar, desistir, enfim, o acordo pode eventualmente trazer prejuízos aos membros do grupo, razão pela qual tais cuidados mostram-se essenciais. O juiz e também os membros ausentes devem fiscalizar os termos do acordo, pois o representante e o advogado podem tanto agir com desídia quanto, ainda, com deliberada má-fé, propondo concessões indevidas em desfavor do grupo.

Em geral, as regras previstas para a notificação sobre a proposta de acordo são as mesmas previstas para a notificação prévia à certificação. O único requisito legal é que seja realizada “*in a reasonable manner*” (“de forma razoável”, em tradução livre), recaindo sobre o juiz ampla discricionariedade e flexibilidade para definir, no caso concreto, quais meios seriam razoáveis (correspondência, publicação em impressos e periódicos, editais afixados em determinados locais de grande circulação de pessoas, dentre outros)²⁴⁵. A notificação deverá ser redigida em linguagem simples, também de acordo com a discricionariedade do magistrado, contendo itens como os termos do acordo (não é necessária cópia da proposta integral), data e local da audiência pública de deliberação do acordo, procedimento para impugnação, procedimento para autoexclusão, etc.

A partir da alteração da *Rule 23* em 2003, passou a ser obrigatória a realização de uma audiência pública previamente à aprovação da proposta de acordo (*settlement hearing* ou *fairness hearing*). Mas o juiz pode, ainda, determinar a realização de duas audiências, sendo a primeira delas previamente à notificação dos membros ausentes e com a presença daqueles que estiverem mais diretamente envolvidos com a elaboração do acordo (*prenotification hearing*). Nessa primeira audiência, ele já poderá ouvir interessados e decidir de antemão sobre a razoabilidade de determinadas propostas que estão sendo cogitadas.

²⁴⁵ Em agosto de 2016, a *U.S. Judicial Conference’s Committee on Rules of Practice and Procedure* apresentou novas propostas de modificação da *Rule 23*, incluindo a possibilidade de notificação eletrônica dos membros ausentes. Se aprovada, passaria a vigorar em dezembro de 2018 (conforme noticiado por Pierce Atwood LLP, no artigo *Proposed Changes to Rule 23: Electronic Notice and Efforts to Curb Abuses in Settlement Objection Process*, disponível em [http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=37785_d06-36fe-4512-8c4b-dfc75112a024], acesso em 21/07/2017).

Durante a *settlement hearing*, os advogados de todas as partes a iniciam com uma apresentação sumarizada da ação e dos delineamentos do acordo proposto. A partir de então, todos os interessados poderão debater as questões a serem acordadas.

Além das audiências públicas, o juiz também pode se valer de diversos outros meios para tomar conhecimento mais aprofundado das questões envolvidas no acordo proposto, como a designação de *experts, masters, guardians, etc.*. Cabe lembrar que, no sistema norte-americano, as provas são diretamente produzidas pelas partes e somente serão apresentadas ao juiz durante o julgamento (*trial*). Portanto, na hipótese da proposta do acordo coletivo, em regra, o magistrado ainda não terá tido contato com as provas, sendo que seu conhecimento sobre os temas debatidos advém principalmente do contato direto com os advogados e representantes das partes envolvidos na elaboração da proposta. No entanto, como agora estão alinhados em busca de um acordo, podem efetivamente estar conluiados com vistas a prejudicar o grupo, de modo que se mostra de suma importância esses outros meios de acesso à informação pelo juiz, como as audiências públicas. Pode, ainda, determinar que os advogados produzam algumas provas na audiência de justificação do acordo, como exibição de determinados documentos ou mesmo oitiva de testemunhas ou peritos.

Passados esses procedimentos prévios, chega-se, então, ao momento de apreciação do acordo pelo juiz, assim como das objeções eventualmente apresentadas pelos demais membros do grupo.

Até 2003, as *Federal Rules* não indicavam quais os critérios pelos quais os juízes deveriam seguir com a finalidade de apreciar as propostas de acordos coletivos. A cargo da jurisprudência, fixou-se o entendimento de que o acordo deveria ser “justo, adequado e razoável” (*fair, adequate and reasonable*), sob a ótica do próprio caso concreto²⁴⁶.

Sucedeu que, a partir da modificação legislativa de 2003, esses parâmetros foram introduzidos na *Rule 23*, de forma que, “se a proposta pretender vincular os membros da classe,

²⁴⁶ Timothy E. Eble aponta que, apesar da inexistência de padrões exigidos pela *Rule 23 (e)*, inúmeras decisões jurisprudenciais sedimentaram o entendimento de que “a Corte Distrital deve considerar ser o acordo justo, adequado e razoável, não decorrendo de colusão entre as partes” (na versão original: “*The cardinal rule is that the District Court must find that the settlement is fair, adequate and reasonable and is not the product of collusion between the parties*”), conforme o precedente *Cotton v. Hinton*, 559 F.2d 1326, 1330 (5th Cir. 1977) (*The federal class action practice manual*, §52.1).

o juiz a aprovará somente após realizar uma audiência e somente se considerar que a proposta é justa, razoável e adequada”²⁴⁷.

No entanto, como se vê, trata-se de uma cláusula geral, de modo que a doutrina e a jurisprudência debatem sobre quais critérios realmente o juiz deve se valer para verificar se a proposta é “justa, razoável e adequada”.

No precedente *Hanlon v. Chrysler Corp.*, 150 F.3d 1011, 1026 (9th Cir. 1998), o Nono Circuito decidiu que:

A avaliação de uma proposta de acordo requer que a corte distrital leve em conta um número variado de fatores, tais como: a plausibilidade da tese dos autores; riscos, despesas, complexidades e duração provável do litígio; o montante oferecido no acordo; a maturidade do litígio e a quantidade de provas obtidas através da investigação (*discovery*); a experiência do advogado do grupo; a presença de um ente governamental dentre as partes; a reação dos membros da classe à proposta de acordo²⁴⁸.

Portanto, o juiz deve proceder a uma análise ampla do litígio e do contexto em que ocorre a proposta, verificar em termos gerais se o acordo realmente é justo, razoável e adequado ao grupo, considerando fatores como honorários dos advogados, interesses dos advogados e representantes que se envolveram diretamente na elaboração da proposta, probabilidade de procedência dos pedidos da ação coletiva, provável resultado de eventual sentença favorável, dificuldades de obtenção de prova, teor das provas já obtidas, composição do grupo envolvido na ação coletiva, dentre outros critérios.

Mas apesar de toda essa regulamentação buscando que haja controle judicial sobre os acordos em ações de classe, os resultados do processo coletivo norte-americano evidenciam a sua pouca efetividade em relação aos membros do grupo ausentes, pois raramente são de fato beneficiados pelas ações coletivas.

De acordo com as conclusões do relatório produzido por Mayer Brown LPP, a avassaladora maioria das ações coletivas são encerradas sem que se forme qualquer fundo para os membros do grupo. E os poucos fundos formados são insuficientes para cobrir as

²⁴⁷ Tradução livre. De acordo com a versão original: “23 (e) (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate”.

²⁴⁸ Tradução livre. De acordo com a versão original: “Assessing a settlement proposal requires the district court to balance a number of factors: the strength of the plaintiffs' case; the risk, expense, complexity, and likely duration of further litigation; (...) the amount offered in settlement; the extent of discovery completed and the stage of the proceedings; the experience and view of counsel; the presence of a governmental participant; and the reaction of the class members to the proposed settlement”.

indenizações necessárias a todos os membros, sendo que, não bastasse, apenas se constituem depois de muitos anos de litígio²⁴⁹. Na verdade, as ações de classe acabam por beneficiar, quase que exclusivamente, os advogados, pois estes sim acabam conseguindo se enriquecer durante o procedimento, principalmente aqueles que representam os réus²⁵⁰.

²⁴⁹ “This study confirms that class actions rarely benefit absent class members in whose interest class actions are supposedly initiated. The overwhelming majority of class actions are dismissed or dropped with no recovery for class members. And those recoveries that class settlements achieve are typically minimal— and obtained only after long delays. To be sure, not every class action is subject to these criticisms: a few class actions do achieve laudable results. But virtually none of those were consumer class actions. Certainly our analysis demonstrates— at a bare minimum—that the vast majority of class actions in our sample set cannot be viewed as efficient, effective, or beneficial to class members” (Mayer Brown, *Do Class Actions Benefit Class Members? An Empirical Analysis of Class Actions*, p. 12). Em tradução livre: Este estudo confirma que as ações de classe raramente beneficiam os membros ausentes da classe em cujo interesse as ações foram supostamente movidas. A maioria esmagadora das *class actions* é arquivada ou não resulta em ressarcimento para os membros da classe. E os ressarcimentos que decorrem dos acordos são usualmente mínimos e somente obtidos após decurso de muito tempo. Com certeza, nem todas as ações de classe estão sujeitas a essas críticas: algumas ações coletivas alcançam resultados louváveis. Mas praticamente nenhuma dessas ações eram consumeristas. Certamente, nossa análise demonstra - no mínimo - que a grande maioria das *class actions* em nosso conjunto de amostras não pode ser vista como eficiente, efetiva ou benéfica para os membros da classe.

²⁵⁰ “The vast majority of cases produced no benefits to most members of the putative class — even though in a number of those cases the lawyers who sought to represent the class often enriched themselves in the process (and the lawyers representing the defendants always did)” (Op. cit., p. 1). Em tradução livre: A grande maioria dos casos não produziu benefícios para a maioria dos membros da classe representada – mesmo que, em alguns desses casos, os advogados que procuraram representá-la muitas vezes tenham se enriquecido no processo (e os advogados que representam os réus sempre lograram fazê-lo).

2. OS FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS LEGITIMADORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO AGENTE FOMENTADOR DE SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS: REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO ÂMBITO DA TUTELA COLETIVA

2.1. A legitimidade do Ministério Público para a resolução consensual de conflitos como decorrência de seu perfil constitucional e processual

2.1.1. Breve contextualização

O Ministério Público brasileiro possui características que o distingue das instituições assemelhadas nos outros países. No direito estrangeiro, o Ministério Público não é visto ou admitido como “legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados”²⁵¹, pois faltam garantias como independência e autonomia funcionais. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontavam que o Ministério Público dos “sistemas continentais e as instituições análogas (...) estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos (...). Eles são amiúde sujeitos à pressão política”²⁵².

No entanto, como posteriormente reconhecido pelo próprio Mauro Cappelletti, distinta era – e continua sendo – a situação do Ministério Público brasileiro, principalmente após o modelo contido na Constituição de 1988, que outorga garantias similares às da magistratura, incluindo independência e autonomia funcionais:

O outro modelo, outro tipo, é a concepção publicística, Estatal. Isto é, a que diz: quando um direito não é de caráter privado, mas de caráter público, pertencendo ao Estado a parte pública, está legitimado a agir (...), em outros países a legitimação é de algo similar ao MP. Devo dizer, todavia, um MP sem o caráter de independência e de separação da magistratura peculiar ao MP brasileiro²⁵³.

É verdade que, no direito brasileiro, a legitimidade para a atuação no âmbito das ações coletivas decorre da lei (*ope legis*), e não da verificação da representatividade adequada no caso concreto, tal como verificado no direito estadunidense, por exemplo.

²⁵¹ Gregório Assagra de Almeida, *O Ministério Público no neoconstitucionalismo*, p. 52.

²⁵² Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, pp. 49-50.

²⁵³ Mauro Cappelletti, *Tutela dos interesses difusos*, p. 173.

Entretanto, isso não quer dizer que a representatividade adequada não tenha qualquer importância no direito processual coletivo brasileiro. Dentre outros efeitos, como se passará a demonstrar ao longo deste estudo, as dificuldades no controle de representatividade adequada no caso concreto consistem em um dos fatores que acarretam os tradicionais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pela inviabilidade de transação envolvendo direitos transindividuais.

Na medida em que não há controle judicial prévio acerca da real capacidade e legitimidade dos representantes dos interesses transindividuais em efetivamente defender esses interesses, conclui-se que, não sendo também seus titulares diretos, não podem tais representantes simplesmente transacionar sobre eles, tendo em vista que eventuais acordos repercutiriam sobre a vida de terceiros não presentes na demanda.

Porém, entendemos que não é a situação do Ministério Público, visto que, dentre o rol de legitimados previstos pela legislação processual coletiva, trata-se de instituição voltada justamente à representação da sociedade, sendo que, atualmente, sua atuação no processo civil não mais se limita à figura de *custos legis*, sendo efetivo *custos societatis*²⁵⁴ e guardião da ordem jurídica.

Essa conclusão decorre do perfil alcançado pela instituição ao longo de sua evolução.

Com efeito, a instituição foi pouco a pouco se deslocando da representatividade do Estado e do interesse público secundário para, de acordo com a Constituição de 1988, imbuir-se da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), sendo expressamente vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, inciso IX).

Ademais, as garantias e prerrogativas constitucionalmente previstas à instituição e a seus membros permite que a atuação ministerial seja isenta, imparcial e independente, à semelhança das garantias previstas aos membros do Poder Judiciário. Há ainda semelhanças na forma de ingresso, garantindo-se que todos os brasileiros possam candidatar-se aos quadros da instituição por meio de concurso público de provas e títulos. É certo que as decisões ministeriais são detentoras de idêntica legitimidade das decisões judiciais, não havendo razão para, no que

²⁵⁴ Denominação citada por Gregório Assagra de Almeida, no artigo *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo*, p. 55.

tange ao aspecto da legitimidade, questionar-se a possibilidade de acordos firmados pelo Ministério Público quando idêntica solução seja legitimamente admitida quando sob a forma de sentença judicial.

Nesse aspecto, a corroborar a legitimidade e a representatividade adequada da instituição do Ministério Público, está previsto no âmbito infraconstitucional um modelo de reexame necessário acerca de todas as deliberações ministeriais a respeito de sua atuação no âmbito da tutela coletiva. Em linhas gerais, que serão melhor exploradas na sequência, estão regulamentados os procedimentos administrativos a cargo do Ministério Público, inclusive com a possibilidade de interposição de recurso contra a instauração de investigações ministeriais (obviamente, não fica afastado o controle jurisdicional por meio de mandado de segurança, uma vez que se trata de ato administrativo); ao final, eventuais arquivamentos ou celebração de acordos (termos de ajustamento de conduta) deverão ser obrigatoriamente objeto de “reexame necessário” pelos respectivos órgão de controle (o Conselho Superior do Ministério Público, no âmbito das instituições estaduais, ou Câmaras de Coordenação e Revisão, no tocante à estrutura do Ministério Público Federal).

Na hipótese de propositura de ação, a independência funcional desautoriza prévio ou posterior controle pelos órgãos internos citados. Todavia, o controle judicial estará automaticamente iniciado a partir da distribuição da ação proposta.

A seguir, trataremos dos fundamentos que justificam a legitimidade do Ministério Público como representante adequado para celebrar transações, inclusive aquelas que envolvem interesses e direitos transindividuais.

2.1.2. Origem do Ministério Público brasileiro

Diversos estudos sobre o Ministério Público apontam sua origem no Egito antigo, quando, há mais de 4000 anos, havia a figura do *magiaí*. Cabia a tais funcionários reais a formalização de acusações e a participação em instruções probatórias visando à repressão de rebeldes e pessoas violentas²⁵⁵. Em conhecida obra, Michèle-Laure Rassat aponta a origem

²⁵⁵ Marcelo Pedroso Goulart, *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, p. 70; Hugo Nigro Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, p. 36.

remota da instituição ainda no direito romano²⁵⁶. Todavia, trata-se de questão polêmica na doutrina²⁵⁷, havendo muitas vezes que negam tal origem remota na Antiguidade²⁵⁸.

De todo modo, para fins do presente trabalho, em que se mostra útil verificar a evolução histórica dos modelos mais recentes de Ministério Público no direito brasileiro, é suficiente se remontar aos procuradores do rei mencionados na Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, da França.

Tratava-se de período de consolidação das monarquias absolutas na Europa, com a centralização do poder político e conseqüente monopólio da jurisdição. Os procuradores do rei atuavam como órgãos intervenientes perante os tribunais, representando os interesses do Estado, isto é, os interesses do próprio monarca. Além disso, também desempenhavam a função de acusadores criminais. Em ambas as funções, exerciam papel de *longa manus* do soberano.

Foi nesse período que o embrionário Ministério Público passou a ser denominado de *parquet*, constituindo “verdadeira magistratura diversa da dos julgadores”²⁵⁹. Os procuradores do rei “se dirigiam aos juizes do chão, mas de cima do mesmo estrado (*parquet*) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados *Magistrature debout*, magistratura de pé)”.

Com o final da monarquia absolutista e a eclosão da revolução francesa, também o Ministério Público viu serem alteradas suas funções, visto que já não tinha sentido a defesa dos interesses do rei. Outra passou a ser sua finalidade, relacionada com a representação da sociedade e a defesa de seus interesses superiores e indisponíveis perante os tribunais. Em 1879, por decisão da Corte de Cassação Criminal, foi declarada de forma definitiva que os integrantes do Ministério Público eram completamente independentes em relação às cortes e aos tribunais em que atuavam, não tendo os juizes direito de censurar ou criticar suas conclusões²⁶⁰.

²⁵⁶ Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public: entre son passé et son avenir*, p. 9.

²⁵⁷ Correta a ponderação de Antônio Cláudio da Costa Machado, ao explicar que o referido debate doutrinário, na realidade, dependendo “da visão que se tenha das funções próprias do Ministério Público, que varia no tempo e no espaço segundo as mutações da ordem positiva, o resultado investigatório também variará” (*A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 9). Trata-se de ponderação que no passado havia também sido formulada por Mario Vellani, na obra *Il pubblico ministero nel processo*, v. I, p. 16.

²⁵⁸ Mariano Fernandez Martin-Granizo, *El Ministerio Fiscal em España*, pp. 12-17; José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 29; José Dilermando Meirelles, *Ministério Público: sua gênese e sua história*, p. 16.

²⁵⁹ Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 277-278.

²⁶⁰ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 15.

No direito português, a primeira referência explícita ao promotor de justiça estava nas Ordenações Manuelinas (de 1521), atribuindo as funções de fiscalização do cumprimento da lei e de sua execução. Posteriormente, as Ordenações Filipinas mantiveram a figura do promotor de Justiça da Casa de Suplicação, além de introduzir outras atividades correlatas, como procurador dos feitos da Fazenda, procurador dos feitos da coroa e solicitador da justiça da Casa da Suplicação.

Transportado para o Brasil em razão do processo de colonização, o modelo lusitano inspirou a evolução do Ministério Público no Brasil, visto que as Ordenações Filipinas continuaram vigentes no país mesmo após a Independência em 1822. Nesse primeiro momento histórico, o promotor de Justiça era mero agente representante do Poder Executivo, tanto que, criado o Tribunal de Relação da Bahia em 1609, o procurador da Coroa e da Fazenda era justamente o promotor de Justiça ali oficiante. O Código de Processo Penal de 1832 veio também consolidar o Ministério Público como órgão acusador criminal, sendo que, ainda nessa época, o Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, dispunha que o promotor de Justiça era servidor público demissível *ad nutum* pelo Imperador ou pelo presidente da província.

Proclamada a República, a Constituição de 1891 não trouxe dispositivos sobre o Ministério Público como instituição, somente prevendo que o Procurador-Geral da República seria designado pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, muito embora suas atribuições devessem ser disciplinadas em lei (art. 58, §2º). Aplicava-se, assim, o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que tratava da organização da Justiça Federal. Cabia aos Procuradores da República velar pela execução das leis aplicadas na Justiça Federal e mover a ação pública. Pouco depois, o Decreto 1.030, de 14 de novembro de 1890, responsável pela organização do Ministério Público do Distrito Federal, atribuiu autonomia à instituição, outorgando-lhe atribuições relacionadas à defesa e à fiscalização das leis e dos interesses gerais, à assistência dos sentenciados, alienados, asilados e mendigos e à promoção da ação pública contra todas as violações do direito.

A Constituição de 1934 conferiu estabilidade aos membros do Ministério Público, previu o concurso público como forma de ingresso na carreira e incluiu a regulamentação da instituição em capítulo distinto daqueles reservados aos três Poderes do Estado, razão pela qual Roberto Lyra identificou, nessa disposição, o intento do constituinte em

conferir independência institucional ao *Parquet*²⁶¹, sendo a primeira constituição brasileira a tratá-lo como instituição²⁶². A Constituição de 1934 ainda criou a chamada *representação interventiva*, instrumento relativo ao controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, a partir de então, era necessário o prévio reconhecimento, por parte da Corte, da constitucionalidade da lei que dispusesse sobre eventual intervenção federal nas hipóteses de ofensa aos chamados princípios sensíveis. E cabia ao Procurador-Geral da República provocar o Supremo para tanto, conforme previsto no art. 12, §2º, do texto constitucional.

A Carta de 1937, referente à implementação da Ditadura do Estado Novo, retrocedeu a evolução do Ministério Público brasileiro. O Procurador-Geral da República passou a ser de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República. Topograficamente, era tratado no mesmo capítulo do Poder Judiciário, apesar de funcionar como o antigo “procurador do rei” (isto é, como representante do poder Executivo), pois foram acometidas funções de representação em juízo da Fazenda Nacional (na realidade, dos interesses do próprio governo instalado).

Com a retomada da democracia pela Constituição de 1946, houve novos avanços. A instituição foi mencionada em título próprio (arts. 125 a 128) e foram estipuladas regras de organização, ingresso na carreira por meio de concurso público, garantias de estabilidade e inamovibilidade e criação do sistema de promoção de entrância em entrância também nos Estados-membros. A respeito da nomeação do Procurador-Geral da República, a indicação presidencial passou a depender de aprovação do Senado (art. 63).

Com a ditadura militar, a Constituição de 1967 e a EC 1/69 retomaram alguns instrumentos de subordinação do Procurador-Geral da República, como a sua possibilidade de livre nomeação e demissão. Além disso, foram mais uma vez acometidas atribuições relacionadas à representação do governo, incluindo a colocação topográfica do Ministério Público na seção VII do capítulo VII, que era destinado ao Poder Executivo.

²⁶¹ Roberto Lyra, *Teoria e prática da promotoria pública*, pp. 25-29.

²⁶² Hugo Nigro Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, p. 41.

2.1.3. O tradicional modelo de intervenção do Ministério Público no Processo Civil: “demandista”

Durante sua evolução, o Ministério Público desenvolveu duas funções básicas no processo civil: de *parte* e *fiscal da lei* (*custos legis*). Entretanto, como parte, normalmente tinha igualmente o escopo de tutelar o interesse público e a ordem jurídica, e.g., por meio da propositura de ação anulatória de casamento ou mesmo procedimentos de jurisdição voluntária.

Diante de tal panorama, no direito brasileiro, o art. 81 do CPC de 1973 prescrevia que “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”.

Já a função de fiscal da lei vinha disciplinada nos arts. 82 e 83, sendo que o primeiro dispunha competir “ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Havia, portanto, um rol taxativo e fechado de hipóteses de propositura de ações e também intervenção no processo civil, em razão do interesse envolvido na lide ou da qualidade de uma das partes.

A respeito dessa atuação tradicional, Hugo Nigro Mazzilli assim sintetizou as formas de atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro, a partir da identificação de causa e finalidade da atuação funcional, em cinco categorias básicas:

- i) autor, por legitimação ordinária, nas quais age como órgão do Estado. Como exemplo, citou as ações de nulidade de casamento e ações diretas de constitucionalidade;
- ii) autor, por substituição processual, como nas ações civis públicas ambientais e também na defesa de incapaz em ação de investigatória de paternidade;
- iii) interveniente em razão da natureza da lide, citando o mandado de segurança, ações diretas de inconstitucionalidade e ações populares;
- iv) interveniente em razão da qualidade de parte, situações em que exerce “verdadeira atuação protetiva ou assistencial, em favor da parte

hipossuficiente”. São exemplos a intervenção em ações envolvendo pessoas com deficiência ou interesses de incapazes; e

v) réu, nas restritas hipóteses admitidas pelo direito brasileiro, podendo-se citar as ações coletivas derivadas²⁶³, como embargos de terceiro, quando o Ministério Público seja parte exequente, ou ações rescisórias de sentença proferida em ação civil pública movida pela instituição²⁶⁴.

Na mesma linha, e de um modo geral, o direito europeu continental continua atribuindo ao Ministério Público primordialmente tais históricas funções no processo civil, tendo em vista que não houve tamanho desenvolvimento da instituição rumo à tutela de interesses transindividuais como no Brasil.

Na França, por exemplo, há atribuições extrajudiciais ao *Parquet*, mas relacionadas com monitoramento de transplantes, fiscalização dos registros civis, tutela de incapazes, dentre outras. Nos processos judiciais envolvendo questões privadas, poderá desempenhar funções de *partie jointe* ou *partie principale*, ou seja, justamente como assistente/fiscal da lei ou parte principal. Enquanto parte demandante, atuará em favor dos interesses da coletividade, em nome da sociedade. De acordo com o art. 423 do CPC francês, poderá agir em defesa da ordem pública diante de fatos que a afetem, como, e.g., em questões envolvendo estado civil, ausência, validade de casamentos, curatela de incapazes ou liquidação de bens de uma empresa²⁶⁵.

De forma parecida, na Itália, o *Pubblico Ministero* também é exercido por magistrados pertencentes à ordem judiciária, com as mesmas garantias de inamovibilidade e independência. O art. 73 do Ordenamento Judiciário italiano²⁶⁶ prevê que o Ministério Público, em linhas gerais, possui atribuições para tutelar “a observância da lei, a celeridade e regular administração da justiça, dos direitos do Estado, das pessoas jurídicas e dos incapazes”²⁶⁷. Em

²⁶³ Trata-se de denominação utilizada para referência às ações coletivas passivas que decorrem de um processo coletivo ativo. Nesse sentido, conferir Fredie Didier Jr. e Robson Renault Godinho, *Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no novo CPC*, p. 27.

²⁶⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 86.

²⁶⁵ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, pp. 399-401.

²⁶⁶ Decreto real nº 12, de 30 de janeiro de 1941.

²⁶⁷ Tradução livre. No original: “Art. 73 – *Attribuzioni generali del pubblico ministero. Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita*”.

matéria criminal, promoverá a ação penal obrigatória. Nos procedimentos civis e administrativos, poderá ajuizar ação ou deverá intervir nas hipóteses legalmente estabelecidas, intervirá e apresentará razões finais em todas as audiências perante a Corte de Cassação e está legitimado a interpor recurso de cassação na defesa da ordem jurídica e impugnar a sentença civil por meio da ação de revogação, nos casos previstos²⁶⁸.

Assim, no processo civil, a primeira função do *Pubblico Ministero* será como autor de uma demanda, rezando o art. 69 do *Codice di Procedura Civile* que a instituição exercerá o direito de ação nas hipóteses previstas em lei. Em regra, são situações em que se verifica intenso interesse público nas questões substanciais de mérito e na necessidade de sua tutela jurisdicional, caso o titular do direito fique inerte ou não haja pessoas em condições de exercê-lo. Ao Ministério Público é atribuído um poder autônomo de agir, caracterizando situação de legitimidade extraordinária²⁶⁹. São exemplos a oposição ou a impugnação do matrimônio, interdição, inabilitação, decretação de falência, dentre outras ações.

A segunda forma de atuação do *Pubblico Ministero* refere-se à condição de *intervento necessaria* (art. 70 do CPC italiano), de acordo com as hipóteses previstas na legislação e cuja inobservância acarreta nulidade ao processo. Além dos mesmos casos que permitem a atuação na condição de autor, também há outras situações previstas expressamente, cujo interesse público já não é tão intenso²⁷⁰. De acordo com o art. 70 do CPC italiano, o Ministério Público deverá intervir, sob pena de nulidade: i) nas causas em que poderia ter figurado como autor; ii) nas ações matrimoniais, incluindo as ações de separação; iii) nas causas que tratam sobre questões de estado ou capacidade da pessoa; e iv) em outras hipóteses previstas em lei.

Como terceira possibilidade, no final do art. 70, está prevista a hipótese de *intervento facultativa*, quando se identificar interesse público que a justifique. Nesse último caso, caberá ao órgão atuante decidir se intervirá, ou não, razão pela qual possui tal denominação doutrinária²⁷¹.

Entretanto, como se nota, trata-se da vinculação das finalidades da instituição do Ministério Público a determinadas situações, a depender do procedimento processual adotado.

²⁶⁸ Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, v. I, pp. 203-204.

²⁶⁹ Crisanto Mandrioli e Antonio Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, p. 252.

²⁷⁰ Op. Cit., p. 253.

²⁷¹ Op. Cit., p. 255.

Cuida-se de um modelo de intervenção ministerial vinculada ao Poder Judiciário, dependente, portanto, do processo como instrumento de atuação.

Na visão romântica e histórica do Ministério Público no Brasil, pode-se ilustrar com a figura do promotor de Justiça que, no interior de seu gabinete, normalmente instalado dentro do fórum da comarca, atua nos procedimentos criminais e cíveis que lhe são submetidos pelo Juiz da Vara onde oficia. Aliás, até mesmo a forma de organização da instituição está atrelada à organização judiciária, havendo cargos de promotores de Justiça em quantidade equiparada e com nomenclatura assemelhada ao número de Varas na localidade. Não por outra razão, parte da doutrina denomina esse modelo de atuação como “demandista”, pois está voltado a procedimentos judicializados²⁷².

Todavia, principalmente a partir de 1988, com a promulgação da nova Constituição da República, houve expressiva modificação da configuração do Ministério Público brasileiro, desenhando-se aquilo que se passou a denominar de “modelo resolutivo”²⁷³.

2.1.4. O Ministério Público na Constituição de 1988

Em 1988, a nova Constituição democrática inovou bastante em comparação aos regimes anteriores, inserindo o Ministério Público como instituição autônoma em relação aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Nesse sentido, a instituição passou finalmente à função de defesa da ordem jurídica e dos interesses transindividuais puramente, sendo expressamente vedado o exercício de atividades que indiquem representação de algum dos Poderes.

As disposições da Constituição a respeito do Ministério Público foram frutos de diversos trabalhos e estudos nos anos anteriores, incluindo as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público (ocorrido na cidade de São Paulo, em 1985); as respostas elaboradas em razão de pesquisa da Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp) em outubro de 1985; o anteprojeto elaborado pelo então Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence à Comissão de Afonso Arinos (1986); e a consolidação de propostas

²⁷² “O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais” (Gregório Assagra de Almeida, *O Ministério Público no neoconstitucionalismo*, p. 54).

²⁷³ O Ministério Público resolutivo se refere ao modelo de atuação focado no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social. Nesse sentido, vide Marcelo Pedroso Goulart, *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*, p. 96, bem como a Recomendação 54/2017 do CNMP.

elaborada pela Conamp em junho de 1986, durante o 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, em documento final conhecido como *Carta de Curitiba*.

Da *Carta de Curitiba*, muitas foram as contribuições para o texto final que veio a ser aprovado pela assembleia constituinte. Conceituava-se o Ministério Público como “instituição permanente do Estado, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica”. Ademais, também previa garantias e autonomias da instituição e de seus membros, dentre as quais, privatividade da promoção da ação penal pública, edição de lei complementar com normas gerais para o Ministério Público nacional, “inamovibilidade no cargo e nas respectivas funções” e vedação do exercício da advocacia.

A nova Constituição conformou um Ministério Público voltado à defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Topograficamente, foi inserido capítulo distinto dos poderes do Estado. Ademais, sua autonomia e independência foram confirmadas pelas seguintes garantias:

- a) autogestão institucional fundada no princípio da autonomia funcional, administrativa e financeira. Com efeito, cabe ao próprio Ministério Público elaborar a respectiva proposta orçamentária e também visar à criação e à extinção de cargos, além da legislação tratando de sua organização e seu funcionamento;
- b) independência funcional dos membros do Ministério Público. Em linhas gerais, significa que os seus membros não estão subordinados a nenhum órgão interno ou externo, devendo obediência apenas ao ordenamento jurídico e aos valores que devem pautar sua interpretação;
- c) mandato com prazo determinado para os Procuradores-Gerais;
- d) equiparação à magistratura em garantias essenciais, incluindo a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do subsídio. Portanto, os membros do *Parquet* não podem perder o cargo senão mediante sentença judicial transitada em julgado, assim como não podem ser removidos salvo por motivo de interesse público, por meio de decisão de órgão interno colegiado, por voto de dois terços de seus integrantes;
- e) ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos.

Como ressaltado pela doutrina, “foi a primeira vez entre nós que um texto constitucional disciplinou de forma orgânica o Ministério Público, com as principais regras atinentes às suas autonomias, funções, garantias e vedações”²⁷⁴. Mais do que isso, há quem considere se tratar do regime jurídico de Ministério Público mais avançado no mundo²⁷⁵.

Relativamente às suas funções, na área criminal, foi estabelecida atribuição privativa para a propositura da ação penal pública, finalmente extinguindo-se o procedimento penal *ex officio*. Houve ampliação da tutela coletiva, com a previsão de atribuições genéricas para tutela de quaisquer interesses difusos e coletivos, bem como com as inéditas e expressas funções de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, defesa de direitos e interesses dos povos indígenas e controle externo da atividade policial. Como instrumentos aptos a garantir o cumprimento de tais funções pela instituição, foram igualmente positivados o poder requisitório e de notificação, o inquérito civil e a ação civil pública (arts. 127 e 129).

2.1.5. Natureza do Ministério Público

De acordo com o art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988, “o Ministério Público é *instituição permanente*, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime e dos interesses individuais indisponíveis”, consagrando-se nos demais dispositivos constitucionais, além da reserva da persecução criminal, a proteção das liberdades públicas constitucionais em defesa da sociedade, com liberdade, unidade, indivisibilidade, autonomia e independência funcional da instituição e de seus órgãos.

Portanto, o primeiro aspecto de estudo sobre a natureza jurídica do Ministério Público envolve seu caráter de *instituição*, terminologia complexa e utilizada em diversas áreas do conhecimento. Em termos sociológicos e antropológicos, por instituição entende-se um conjunto de usos e costumes que, duradouro sob o aspecto espacial e temporal, identifica o comportamento de um grupo social. Assim, nota-se nessa ideia a presença dos elementos espaço e tempo como caracterizadores de uma instituição.

Em tal contexto, é possível realmente sintetizar que, de acordo com o pensamento majoritário atual, por instituição se pode entender “toda organização nascida

²⁷⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, p. 65.

²⁷⁵ Paulo Pinto de Carvalho, *Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado*, p. 84.

espontaneamente no seio da sociedade que, independente de regulamentação positiva, é reconhecida como ente jurídico ante a força intrínseca da sua destinação e pela sua permanência no espaço e no tempo”²⁷⁶. Segundo Bronislaw Malinowski, a noção de instituição corresponde a um processo dotado de funcionalidade social, o qual possui como objetivo satisfazer as necessidades humanas de todas as espécies, mediante mecanismos materiais desenvolvidos por um determinado grupo, com suas regras e procedimentos, e legitimado por uma marca dotada de significado simbólico²⁷⁷.

No tocante ao Ministério Público, sem dúvida nenhuma corresponde a uma *instituição*. Em relação ao quesito espaço-temporal, como visto, surgiu há muitos séculos, havendo quem identifique seu embrião ainda na Antiguidade, sendo que incontestavelmente esteve presente em nossa história desde a fundação do Brasil como Estado moderno, o mesmo se verificando na história de todos os países ocidentais.

Ademais, sua complexa organização e estruturação de membros em carreira, aliadas a princípios e garantias previstos constitucionalmente, denota que se trata de ente eminentemente social e que sempre transcendeu os limites do direito positivo, caracterizando realmente uma instituição. “O Ministério Público é, portanto, este ser jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou”²⁷⁸.

No âmbito do Direito Administrativo, a teoria do órgão público foi elaborada na Alemanha, por Otto Gierke, buscando explicar a relação entre Estado, pessoa jurídica e seus agentes. De acordo com essa ideia, a pessoa jurídica manifestaria sua vontade através de seus variados órgãos, o que permitiu substituir a ideia de representação do Estado (por seus agentes) pela noção de imputação. Evidente que a imputabilidade apenas se justificaria sob determinadas condições: investidura do agente de poder jurídico ou ao menos aparência de poder jurídico (hipóteses de função de fato).

Hodiernamente, define-se órgão público como sendo “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de

²⁷⁶ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil*, pp. 23-24.

²⁷⁷ Bronislaw Malinowski, *Argonautas do Pacífico Ocidental*.

²⁷⁸ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil*, p. 25.

expressar a vontade do Estado”²⁷⁹. Nesse sentido, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, que corresponde ao todo. O órgão não detém personalidade jurídica própria. Em síntese, os “órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado (...), não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais”²⁸⁰.

Confirma-se, assim, a natureza institucional do Ministério Público, que não pode ser entendido como simples órgão público. Ao contrário, a instituição como um todo divide-se em vários órgãos internos, dentre eles aqueles denominados órgãos da administração superior (conselho superior do Ministério Público, órgão especial e colégio de procuradores) e também os órgãos de execução (procuradoria de justiça e promotoria de justiça).

Sob a vigência da Constituição de 1988, o Ministério Público consagrou-se como instituição plenamente independente, desvinculada de qualquer Poder, tornando-se distinto em relação ao Legislativo, Executivo ou Judiciário. Muito embora comportando todos os requisitos, garantias e vedações atinentes aos clássicos poderes do Estado, o Ministério Público não tem a função precípua de julgar, administrar e nem legislar.

Contudo, cada vez mais o Ministério Público distancia-se da função estatal, deslocando-se da sociedade política (como órgão repressivo do Estado) para a sociedade civil, agora como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Entretanto, administrativamente, ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que justamente permite a manutenção e o exercício de sua autonomia funcional perante os Poderes do Estado.

2.1.6. As garantias constitucionais para atuação ministerial isenta, imparcial e independente: modelo de simetria com as garantidas conferidas à magistratura

A Constituição de 1988 previu como princípios do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o princípio do promotor natural. Aos seus membros, foram garantidas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Como se nota, trata-se basicamente dos mesmos princípios e garantias de isenção e imparcialidade da magistratura, razão pela qual, nesse aspecto, o regime jurídico do Ministério

²⁷⁹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 590.

²⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 140.

Público e do Poder Judiciário garantem a seus membros as mesmas condições de neutralidade em sua atuação.

De acordo com o princípio da unidade, os membros do Ministério Público integram um único órgão sob a direção de um só Procurador-geral. No entanto, dada a ausência de hierarquia entre os diversos Ministérios Públicos (dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, Federal, do Trabalho e Militar), só existe unidade dentro de cada uma destas instituições.

Em virtude da indivisibilidade, os membros do Ministério Público não se vinculam a processos nos quais atuam, sendo que podem ser substituídos uns pelos outros, conforme previsto na respectiva lei orgânica.

Ademais, a Constituição garante aos membros do Ministério Público independência no exercício de suas funções, devendo somente prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua própria consciência. Portanto, não há hierarquia entre os membros da instituição, nem mesmo subordinação ao Procurador-Geral de Justiça, salvo no tocante a questões administrativas. Por se tratar de uma instituição autônoma, a independência funcional também garante que quaisquer dos Poderes do Estado não possa atribuir instruções vinculantes aos membros do *Parquet*.

Por último, ainda dentre os princípios que regem a instituição, o princípio do promotor natural impede que haja designações casuísticas de promotores de justiça por parte do Procurador-Geral de Justiça. Logo, será apenas o *promotor natural* que poderá atuar no procedimento, devendo agir com o devido zelo ao interesse público e imparcialidade. Em 1996, no julgamento do HC 67.759/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello²⁸¹, o Supremo Tribunal Federal assentou que:

“o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados,

²⁸¹ No mesmo sentido, STF, Pleno, HC 85.137MT, Rel. Min. Cezar Peluso, Informativo STF nº 402, p. 4.

estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável”.

Dessa forma, também ficam vedadas designações de Promotores de Justiça *ad hoc*, cabendo exclusivamente a seus membros exercer todas as atribuições destinadas aos respectivos cargos da Instituição.

Com a finalidade de permitir ao Ministério Público uma atuação absolutamente independente durante o exercício de suas funções, a Constituição enumera diversas garantias em favor da instituição e também de seus membros, considerando, inclusive, crime de responsabilidade do Presidente da República eventual prática de atos atentatórios contra o livre exercício do Ministério Público (art. 85, inciso II).

No art. 128, §5º, da Constituição, estão elencadas as garantias individuais dos integrantes do Ministério Público, visando a permitir sua atuação funcional isenta e independente: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (inciso I). Além disso, as vedações inseridas no inciso II da mesma forma atuam em favor de sua independência.

Em virtude da garantia da vitaliciedade, o membro do Ministério Público somente poderá vir a perder seu cargo público em razão de decisão judicial transitada em julgado, sendo adquirida a vitaliciedade após decorrido o período de estágio probatório (consistente nos primeiros dois anos de efetivo exercício, após o ingresso na carreira).

Regulamentando a questão, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabeleceu que o membro vitalício apenas perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nas seguintes hipóteses: a) prática de crime incompatível com o exercício do cargo; b) exercício da advocacia; e c) abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos. A ação civil para perda do cargo deverá ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores (art. 38).

Em relação aos membros do Ministério Público da União, aplica-se ainda a regra específica do art. 208, parágrafo único, da LC 75/1993: a propositura de ação para perda de cargo, quando decorrente de proposta do Conselho Superior depois de apreciado o processo

administrativo, acarretará o afastamento do membro do Ministério Público da União do exercício de suas funções, com a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias do respectivo cargo.

A inamovibilidade garante ao membro do Ministério Público que apenas seja removido ou promovido por iniciativa própria, à exceção de remoção ou promoção por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros e assegurada a ampla defesa. Dessa forma, veda-se o ato de remoção ou promoção *ex officio*, ressalvada situação excepcional a bem do interesse público.

Já a irredutibilidade de subsídio garante ao membro do Ministério Público que seus vencimentos não sejam reduzidos como forma de pressão. Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu que se trata de “irredutibilidade jurídica”, e não “real”, ou seja, não há direito à atualização monetária, mesmo diante de inflação elevada, sendo a irredutibilidade relacionada ao valor nominal de seus vencimentos²⁸².

Por fim, ainda como instrumento para defesa da atuação isenta da instituição, a Constituição também impôs uma série de vedações aos membros do Ministério Público, evitando o surgimento de situações em que haveria provável conflito de interesses.

Assim, é vedado ao membro do Ministério Público: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra ação função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e g) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (art. 128, §5º, inciso II).

²⁸² JSTF 49/94.

2.1.7. Cláusula pétrea

Conforme o modelo de Constituição adotado²⁸³, o constituinte originário pode impor restrições à possibilidade de revisão das normas constitucionais. Em alguns casos, como na Constituição de 1988, há a imposição de limites materiais expressos à eventual reforma do texto constitucional, delimitando-se o poder de reforma acerca de determinados objetos por meio de *cláusulas pétreas*:

Tais cláusulas de garantias traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade²⁸⁴.

No direito constitucional brasileiro, não poderão ser objeto de proposta de emenda normas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e as garantias individuais (art. 60, §4º, da Constituição de 1988).

Ocorre que o citado art. 60 inovou ao inserir dentre o rol de limitações o poder de reforma no tocante à abolição dos direitos e das garantias individuais e também aqueles relativos ao exercício da democracia, os quais não se encontram restritos ao rol do art. 5º, mas decorrem de diversos outros dispositivos esparsos pelo texto constitucional. No julgamento da ADIN 939-07/DF, que reconheceu o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inciso III, alínea b, da Constituição) como garantia constitucional assegurada ao cidadão e, portanto, cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que os demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, além daqueles contidos no rol do art. 5º, são igualmente imodificáveis à luz do art. 60, §4º.

Não sendo outro o sentido do art. 5º, §2º, da Constituição, ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁸³ Quanto à estabilidade, as constituições podem ser classificadas em imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas, a depender das possibilidades ou restrições ao poder de reforma do texto constitucional. De acordo com Alexandre de Moraes, a Constituição de 1988 é do tipo super-rígida, “uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, §4º, - cláusulas pétreas)” (*Direito constitucional*, pp. 9-10).

²⁸⁴ Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de direito constitucional*, p. 1.079.

A partir de tais considerações, passaram a surgir vozes doutrinárias em defesa do Ministério Público como cláusula pétrea.

De acordo com o art. 127 da Constituição, o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Nesse passo, como todas as atribuições ministeriais estão voltadas ao bem-estar da coletividade, inclusive em proteção aos poderes constituídos, entende-se que a instituição, em si, pode ser considerada uma garantia individual fundamental, não podendo ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-la. Com efeito, o cerne dessa ideia está no inciso II do art. 129 da Constituição de 1988, que atribui ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Diante de tal dispositivo, parece correta a consideração de “a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional”²⁸⁵.

Mas além de tais funções, nota-se que ao Ministério Público cabe a defesa do regime democrático (o regime democrático é uma das cláusulas pétreas referidas no art. 60, §4º) e corresponde a uma instituição permanente (o que também já indica que é cláusula pétrea, pois, sendo permanente, não pode ser abolida) e essencial à Justiça (outra cláusula pétrea, pois um dos Poderes constituídos). Por tais razões, o Ministério Público consiste realmente em cláusula pétrea, na medida em que se coloca como garantia individual fundamental dos cidadãos, dada a sua vocação voltada à defesa da sociedade. Como aponta Gregório Assagra de Almeida, “ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, (a Constituição) está demonstrando que a instituição é cláusula pétrea, que recebe proteção total contra o poder reformador”²⁸⁶.

²⁸⁵ Emerson Garcia, *Ministério Público*, p. 116.

²⁸⁶ Gregório Assagra de Almeida, *O Ministério Público no neoconstitucionalismo*, p. 60.

2.1.8. O Ministério Público e Democracia: tutela dos interesses da sociedade brasileira

A Constituição de 1988, já no seu art. 1º, diz que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em “Estado democrático de direito”, tendo como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho; e o pluralismo político.

Distintamente das Constituições brasileiras anteriores, a Carta de 1988 buscou imprimir nova realidade normativa ao Estado brasileiro, por ela denominado de Estado democrático de direito. Embora possa parecer redundante a expressão, na medida em que Estado de Direito já pressupõe a condição de Estado democrático, a expressão foi assim intencionalmente cunhada pelo legislador constituinte, como bem notado por José Afonso da Silva, ainda naquele ano de 1988:

a configuração do Estado democrático de direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*²⁸⁷.

Após estatuir os princípios do Estado democrático brasileiro (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e o pluralismo político), no art. 3º da Constituição foram previstos os objetivos da República, todos voltados à transformação da realidade social e à busca da felicidade de seus cidadãos: a) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) desenvolvimento nacional; c) erradicação da pobreza e da marginalização; d) redução das desigualdades sociais e regionais; e e) promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, era necessário investir ou criar alguma instituição de poderes e competências adequados para representação da sociedade e fiscalização do Poder Público na consecução dos objetivos da República brasileira.

²⁸⁷ José Afonso da Silva, *O estado democrático de direito*.

Com inspiração nos modelos de alguns países europeus, especialmente o *ombudsman* na Suécia²⁸⁸ e o *defensor del pueblo* na Espanha²⁸⁹, a Comissão de Notáveis que elaborou o anteprojeto da Constituição de 1988 chegou a sugerir a instituição da figura do “defensor do povo” no direito brasileiro. Nos termos do art. 56 do anteprojeto²⁹⁰, seria escolhido pela maioria absoluta dos membros do Poder Legislativo e gozaria das mesmas prerrogativas de parlamentares e de vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Como funções primordiais, caberia ao defensor do povo “zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados na Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”.

Entretanto, diante da desnecessidade da criação de um novo órgão para exercer tal mister, visto que o Ministério Público brasileiro já vinha assumindo essa função ao longo do tempo, o texto final aprovado incumbiu ao *Parquet* as funções de defesa dos interesses da sociedade, considerando que se tratava de um aprofundamento de sua tradicional vocação de defesa do ordenamento jurídico e do interesse público²⁹¹. Para garantir o adequado cumprimento dessas novas atribuições, houve definitivo rompimento da dependência da instituição com o Poder Executivo. Além disso, houve ainda a necessidade de “romper com o seu histórico modo de atuar, ainda muito limitado pelas peias do individualismo e praticamente se resumindo ao oficiar perante o juízo”²⁹².

Assim, da leitura dos arts. 127 e 129 da Constituição, verifica-se que ao Ministério Público foram previstas as seguintes atribuições: a) promoção, privativa, da ação

²⁸⁸ A figura do *ombudsman* remonta à Constituição sueca de 1809. Tratava-se de uma instituição encarregada da supervisão da atuação administrativa, à qual os cidadãos poderiam dirigir-se sem quaisquer formalidades para denunciar os casos de má-administração. O *ombudsman* foi posteriormente incorporado ao direito finlandês (1919), norueguês (1952) e dinamarquês (1954), até que, a partir da segunda metade do século passado, vários outros países também passaram a prever figura semelhante em seus ordenamentos, ainda que utilizando nomenclatura distinta (Frank Orton, *Evolution and perspectives of the institution of the Ombudsman*, pp. 225-231).

²⁸⁹ Foi ineditamente introduzido no art. 54 da Constituição Espanhola de 1978, sendo denominado pela doutrina de “ombudsman español” (cf. Ricardo Blanco Canales, *Sinopsis artículo 54): una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.*

²⁹⁰ “Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”. A íntegra do anteprojeto, publicado no diário oficial de 26 de setembro de 1986, está disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 29/01/2017.

²⁹¹ “A corporação do Ministério Público se opôs à criação do ‘Defensor do povo’, posição consignada em seu VI Congresso Nacional, argumentando que a instituição já cumpria esta função nas pequenas cidades do interior, devendo ser aperfeiçoada para as grandes cidades” (Júlio Aurélio Vianna Lopes, *Democracia e cidadania*, pp. 111-113).

²⁹² Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 59.

penal pública; b) zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; c) defesa da ordem jurídica e do regime democrático, incluindo a possibilidade de promover ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; d) defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e e) exercício do controle externo da atividade policial. Tendo havido, ainda, expressa vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas.

Conforme sintetizado por Marcelo Pedroso Goulart,

a Constituição definiu o Ministério Público como instituição essencial à implementação do projeto de democracia substantiva, vinculando-o a esse projeto. (...) Importa dizer que o Ministério Público apresenta-se como uma das instituições construtoras da *sociedade livre, justa e igualitária*. O objetivo institucional confunde-se, portanto, com o objetivo da República²⁹³.

Diante dessa nova estrutura implementada pela Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro tornou-se instituição ainda mais distinta e singular em comparação com as instituições existentes no direito estrangeiro, ante sua indubitável independência em relação aos Poderes constituídos e seu atualizado rol de atribuições, basicamente voltado a três eixos de atuação: titularidade exclusiva para a ação penal pública, defesa dos interesses transindividuais e atuação como verdadeiro ombudsman.

A Constituição de 1988 previu, ainda, diversos mecanismos para exercício ativo da cidadania, com participação na atividade legislativa, administrativa e também jurisdicional. No âmbito legislativo, há a possibilidade de iniciativa popular no encaminhamento de projetos de lei e a realização de plebiscitos ou referendos. Em relação à esfera jurisdicional, podem ser citados os mecanismos de tutela de direitos coletivos²⁹⁴, principalmente por meio da propositura de ação popular (sendo qualquer cidadão legitimado ativo), mandado de segurança coletivo ou ação civil pública (através dos entes legitimados). E no tocante à atividade administrativa (executiva), são ainda mais diversos os instrumentos por meio do qual se revela a democracia participativa: audiências públicas, escutas, coleta de opinião, debate público, atuação em colegiado público por meio de conselhos e também o inquérito civil.

²⁹³ Marcelo Pedroso Goulart, *Elementos*, p. 108.

²⁹⁴ “A faculdade de promover a ação popular, com o poder que dela decorre no controle de atos da Administração Pública, conferiu aos membros da comunidade um meio de participação na vida política, um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania” (Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, p. 85).

A participação ativa dos cidadãos é essencial nestas duas últimas esferas, pois, em razão da complexidade do Estado contemporâneo, o Poder Legislativo não tem se mostrado apto a satisfazer, com dinamismo e completude, todos os anseios sociais durante sua atividade de elaboração de normas²⁹⁵. Por isso, entende-se, “em muitos casos, mais importante controlar a efetiva aplicação da norma pela Administração Pública do que participar da criação de novos regramentos jurídicos”²⁹⁶.

2.1.9. Tendência de preponderância do modelo “resolutivo” de atuação ministerial em relação ao modelo “demandista”

De acordo com o modelo demandista, ao Ministério Público cabe a tutela preponderante de direitos individuais, restrita basicamente ao processo judicial. Seja atuando como parte ou órgão interveniente, o promotor de Justiça funcionará como “mero operador processual (...). O inquérito civil é reduzido a simples instrumento de coleta das provas necessárias ao ajuizamento da ação civil pública. Transfere-se para o Poder Judiciário a solução de todas as questões de natureza transindividual postas ao Ministério Público”²⁹⁷. Trata-se de um modelo de atuação passiva por parte da instituição.

Distintamente, de acordo com o modelo resolutivo, caberá ao Ministério Público agir de forma ativa e eficiente, em quaisquer de suas esferas de atuação, assumindo o papel de agente político que lhe foi confiado pela sociedade, portanto, indo muito além de uma perspectiva meramente processual. Agirá “integradamente e em rede com os demais sujeitos políticos coletivos nos mais diversos níveis – local, regional intraestatal, estatal, regional supraestatal e global”²⁹⁸.

O Poder Judiciário, em relação ao perfil resolutivo do Ministério Público, representa a *ultima ratio*, isto é, a última alternativa para a solução das questões submetidas à instituição. A prioridade a ser buscada será a composição prévia e extrajudicial dos conflitos e eventuais irregularidades, correspondendo à *prima ratio*.

²⁹⁵ “O Judiciário e o Ministério Público começam a atuar dentro de uma estratégia de co-participantes do processo legislativo, porque o Legislativo tem um impasse em determinados momentos: não conseguindo regular uma sociedade dinâmica, usa os princípios para dar ideia de regulação, mas deixa essa responsabilidade para o Judiciário” (José Eduardo Faria, *A definição do interesse público*, pp. 81-82).

²⁹⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 21.

²⁹⁷ Marcelo Pedrosa Goulart, *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, p. 202.

²⁹⁸ Op. Cit., p. 203.

De qualquer modo, com toda a razão o promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues, ao afirmar que “o MP Resolutivo não se presa a uma indefinição rígida; trata-se de uma tendência e não de algo já concretizado”²⁹⁹:

“podemos, então, definir o MP Resolutivo como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem necessidade de acionar ou demandar, como *prima ratio*, a justiça”³⁰⁰.

João Gaspar Rodrigues apresenta as seguintes características do modelo de Ministério Público resolutivo: a) proatividade; b) dinamismo; c) intersetorialidade ou transetorialidade; d) intercambialidade; e) planejamento; f) inovação; e g) eficiência e gestão de resultados³⁰¹.

No entanto, isso não significa que se deva buscar o abandono irracional do perfil demandista da instituição (e nem poderia ocorrer, em face da Constituição). Caracteriza, na realidade, a necessidade de fortalecimento do perfil proativo da instituição. Tendo em vista o acesso à Justiça através de sistemas multiportas, não se trataria de opor um perfil ao outro, mas de interpretá-los de modo a buscar sua adequada compatibilização, conforme a espécie e as características do conflito na situação concreta.

A tais circunstâncias, acresça-se o fato de que tem sido notória a insuficiência do Poder Judiciário para resolução das questões transindividuais que lhe são levadas por meio de ações civis públicas, como fica muito claro no tocante ao controle de políticas públicas. Além da morosidade que assombra todo e qualquer jurisdicionado, seja no âmbito das ações individuais ou coletivas, dentre outras críticas, “reconhece-se que hoje, principalmente no Brasil, o juiz está mal informado, isolado, sem assessorias especializadas, distante da administração e até mesmo de outros juízes ou tribunais que enfrentam questões semelhantes”. Ademais, a própria natureza do processo civil atualmente posto provoca limitações ao controle jurisdicional de violação aos direitos difusos e coletivos. Como normalmente se nota, a sentença

²⁹⁹ João Gaspar Rodrigues, *Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público*, p. 60.

³⁰⁰ Op. Cit., p. 60.

³⁰¹ João Gaspar Rodrigues, *Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público*, pp. 60-69.

condenatória, rígida e fixa, leva a que seu próprio cumprimento seja muito difícil e frequentemente inexecutável³⁰².

Mais do que em qualquer outro momento histórico de nosso país, o modelo de *Ministério Público demandista* deve ser progressivamente substituído pelo *Ministério Público resolutivo*, no que se refere às três grandes áreas de atuação do *Parquet*: cível, criminal e interesses difusos. Evidente que, face à superação do modelo demandista pelo *Ministério Público resolutivo*, haverá a necessidade de redefinição do perfil da instituição e também de garantias, poderes e deveres a ela conferidos pela Constituição e pela ordem jurídica infraconstitucional. Em consonância com o novo CPC, novos princípios deverão reger sua atuação, que deverá buscar métodos alternativos para a solução dos conflitos coletivos, evitando-se a judicialização dessas questões.

Nessa linha, em 2010, houve o lançamento do modelo de Gestão Estratégica do Conselho Nacional do Ministério Público, com a preparação de um Mapa Estratégico Nacional³⁰³ que trazia como missão do Ministério Público “defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis para a concretização dos valores democráticos e da cidadania” e como visão de futuro moldar uma “instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia”.

Para atingir os quatro pontos de retorno para a sociedade eleitos (defesa dos direitos fundamentais, transformação social, indução de políticas públicas e diminuição da criminalidade e da corrupção), foram estabelecidas dezoito ações: a) aperfeiçoar o regime democrático; b) assegurar o respeito aos direitos da criança e do adolescente; c) assegurar o respeito aos direitos do idoso; d) assegurar o respeito aos direitos da pessoa com deficiência; e)

³⁰² Ada Pellegrini Grinover, *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. A autora aponta a necessidade de modificações no procedimento, de modo que a sentença “deve ser construída pelo diálogo entre as partes e sobretudo entre os poderes, abrindo-se o contraditório também mediante audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*. A cognição do juiz deve ser ampliada, servindo-se ele de assessorias especializadas e das próprias informações da administração para que, se não houver acordo, o juiz se dê conta dos efeitos de sua decisão e esta possa ser justa, equilibrada e exequível. O cumprimento da sentença, por sua vez, deve ser flexibilizado, com a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução, podendo servir-se, para tanto, de um terceiro independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, que se ocupe do cumprimento da sentença, sempre em comunicação estreita com o juiz e sob seu comando. Esse novo processo, que demanda grande ativismo judicial e a ampliação dos poderes do juiz, bem como o chamado método dialogal, com o diálogo entre os Poderes, maior publicidade, participação e transparência, ainda não existe formalmente”.

³⁰³ Disponível em [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/acao_nacional/mapa_estrategico/Mapa_Estrategico.pdf]. Acesso em 06/02/2017.

promover a igualdade e a inclusão social; f) promover o respeito às comunidades tradicionais; g) assegurar o direito à educação; h) assegurar o direito à saúde; i) assegurar o direito ao trabalho digno; j) defender o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável; l) combater a improbidade administrativa e defender o patrimônio público; m) defender o patrimônio social, histórico e cultural; n) defender os direitos do consumidor e proteger a ordem econômica e financeira; o) atuar na prevenção e repressão ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas; p) efetuar o controle externo da atividade policial; q) aperfeiçoar o sistema prisional e as medidas alternativas; r) atuar na prevenção e na repressão ao crime organizado, ao tráfico de drogas e aos crimes de fronteira; e s) atuar na prevenção e na repressão aos crimes graves, tanto comuns como militares.

Os processos indicados para atingimento dessas ações foram três: a) unidade institucional, mediante fortalecimento da atuação integrada do Ministério Público com a construção de práticas uniformes, o fomento de integração de bancos de dados e a defesa das prerrogativas institucionais; b) eficiência da atuação institucional, por meio da ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos e atuação de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, respeitando as competências constitucionais; e c) comunicação e relacionamento, promovendo a facilitação do diálogo do cidadão com o Ministério Público através do fortalecimento da comunicação institucional, aprimoramento do intercâmbio de informações e intensificação de parcerias e trabalhos em rede de cooperação com os setores público, privado, sociedade civil organizada e comunidade em geral.

Mais recentemente, o CNMP editou a Recomendação 54, de 28 de março de 2017, a qual dispõe sobre a “política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro”.

Dentre outras considerações, a Recomendação 54/2017 reconhece que o estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional *formal, burocrática, lenta e despreocupada* com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público³⁰⁴. Ademais, expressou a necessidade de se buscar retornos para a sociedade, orientados para a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de políticas públicas e a diminuição

³⁰⁴ Grifo nosso.

da criminalidade e da corrupção, todos objetivos que supõem a produção de resultados concretos que promovam efetividade dos direitos defendidos e protegidos pela Instituição.

Assim, ainda no seu aspecto teórico, previu a citada Recomendação que a atuação do Ministério Público deve ser orientada para a resolução concreta das situações de inefetividade dos direitos de cuja defesa e proteção é incumbida à instituição, *preferencialmente sem a necessidade de processo judicial e no menor tempo e custo social possíveis, ou, quando o recurso ao Poder Judiciário se fizer necessário, com a efetivação mais célere possível dos provimentos judiciais alcançados no interesse da sociedade*³⁰⁵.

Com efeito, de acordo com o art. 1º, §2º, da Recomendação 54/2017, sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial de conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Buscando romper a cultura da sentença, a Recomendação ainda é clara ao prever, dentre outras medidas concretas, a necessidade de que os Ministérios Públicos do país promovam formação continuada de seus membros, orientada para a atuação resolutiva. Está prevista também a valorização e a utilização de medidores estatísticos envolvendo projetos e ações voltados à resolutividade das questões afeitas à instituição.

2.1.10. O Ministério Público no contexto do novo CPC: foco na atuação preventiva e extrajudicial

Mantendo a tradição advinda do CPC anterior, o CPC de 2015 tratou do Ministério Público em título específico, nos arts. 176 a 187. Além disso, a instituição foi referida em diversos outros dispositivos ao longo da nova lei. Contudo, promoveu verdadeira atualização do Ministério Público no processo civil, visto que desde a promulgação da Constituição de 1988 havia um “paradoxo metodológico entre o Ministério Público da lei,

³⁰⁵ Grifo nosso.

voltado à tutela da legalidade e do Poder Público, e o Ministério Público da Constituição, voltado à tutela dos direitos fundamentais”³⁰⁶.

Na linha do quanto já fora antecipado no art. 1º, ao fazer referência ao processo civil constitucional, iniciando o Título V do Livro II, Parte Geral, com previsão inovadora em relação ao CPC de 1973 e atualizada conforme a Constituição de 1988, dispõe que “o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”. E vai além, ao ampliar, no texto infraconstitucional, a capacidade processual do Ministério Público. De acordo com o novel art. 177, “o Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais”.

Como se vê, no plano legislativo infraconstitucional, a redação atual realmente ampliou a capacidade processual do MP, anteriormente delimitada pelo art. 81 do CPC de 1973 nos seguintes termos: “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-se, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”.

Prosseguindo, o art. 82 do CPC de 1973 também foi atualizado, sendo que no novo CPC está prevista a intervenção do Ministério Público como “fiscal da ordem jurídica” (e não somente “fiscal da lei”), “nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana” (art. 178).

Portanto, as hipóteses de intervenção do Ministério Público não estão mais previstas em rol exaustivo, conforme a natureza da demanda proposta (“estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade”, segundo previsto pelo art. 82, inciso II, do CPC de 1973). Em mais uma oportunidade, o legislador de 2015 buscou na Constituição as situações que ensejarão a intervenção ministerial na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Essa mudança de contextualização do Ministério Público no CPC de 1973 e no CPC de 2015 reflete a evolução da própria instituição durante as últimas décadas, destacadamente após o advento da Constituição de 1988.

³⁰⁶ Hermes Zaneti Jr., *Código de processo civil 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional*, p. 60.

Durante a década de 70, o MP estava voltado à tutela da legalidade dos atos praticados pelo Poder Público. Mas o Ministério Público na Constituição de 1988 está voltado primordialmente para o atingimento dos objetivos da República e a tutela de direitos fundamentais, caracterizando-se, para tanto, como uma instituição autônoma e independente, essencial à função jurisdicional. Portanto, é possível afirmar que o Ministério Público da Legalidade foi substituído pelo Ministério Público Constitucional no plano normativo do CPC de 2015³⁰⁷.

2.2. A legitimidade do Ministério Público para a resolução consensual de conflitos como decorrência do seu perfil de atuação no sistema processual coletivo brasileiro

2.2.1. Atuação como *custos legis* nas ações coletivas ajuizadas por colegitimados

A intervenção do Ministério Público nas ações coletivas quando propostas por colegitimados será obrigatória quando versar sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, sob pena de nulidade do procedimento desde o primeiro momento em que deveria ter sido dada vista do feito à instituição³⁰⁸ (art. 279 do CPC-2015³⁰⁹). Nas ações coletivas envolvendo interesses individuais homogêneos, caberá ao membro do Ministério Público verificar se estão presentes algumas das hipóteses de intervenção inseridas no art. 178 do CPC. “Quando os interesses forem individuais homogêneos, (...) essa compatibilidade exsurdirá *in concreto*, quando presente a nota adicional da indisponibilidade do interesse, que por sua vez decorre de sua relevância social”³¹⁰.

Com efeito, o fundamento dessa intervenção se dá em razão de expressa previsão nas leis que tratam do processo coletivo, à semelhança do art. 5º, §1º, da Lei da Ação Civil Pública (“o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”), e também do novel art. 178, inciso I, a partir dos parâmetros definidos nos atos internos de cada unidade do Ministério Público e da

³⁰⁷ “A revolução do Ministério Público Brasileiro já ocorreu em 1988. O CPC de 2015 nos dá instrumentos para efetivar ainda mais as normas constitucionais, acabando com o paradoxo metodológico entre o ‘Ministério Público da Lei’ e o ‘Ministério Público da Constituição’. Agora, mesmo os mais aferrados intérpretes do legalismo formalista deverão se curvar à constitucionalização do Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais” (Hermes Zaneti Jr, *Código de Processo Civil 2015: Ruptura do Paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional*, pp. 59-60).

³⁰⁸ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 229.

³⁰⁹ Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

³¹⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, p. 163.

Recomendação 34, de 5 de abril de 2016, editada pelo CNMP³¹¹. Lembrando que, nos casos em que a instituição atua como fiscal da ordem jurídica, a identificação do interesse público no processo ficará a juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos quando assim ocorrer (art. 2º da referida Recomendação 34/2016).

Justificada a intervenção em razão da natureza da lide, a atuação do *Parquet* deverá ocorrer de forma protetiva aos interesses que justificaram sua intervenção, embora não se trata de atuação cega, não estando obrigado a seguir e endossar as teses da parte autora. O órgão interveniente terá ampla liberdade para exarar suas manifestações e opiniões, mas suas prerrogativas probatórias e recursais estarão atreladas à defesa daqueles interesses³¹².

Ademais, se proposta a ação coletiva por um coletimado, caso posteriormente haja abandono da demanda ou mesmo desistência, caberá ao Ministério Público, que até então funcionava como fiscal da ordem jurídica, assumir o polo ativo e adotar as providências necessárias visando ao prosseguimento do processo coletivo.

Essa disposição já estava contida na Lei da Ação Popular (art. 9º) e em 1985 foi reiterada na Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, §3º), com a seguinte disposição: “em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa”. Com a Lei 8.078/90, o §3º foi alterado, acrescentando-se a possibilidade de que “outro legitimado” também possa assumir o polo ativo em tais situações, que passaram a ser previstas como sendo de abandono ou “desistência infundada”.

Evidencia-se, assim, em mais um dos aspectos da atuação do Ministério Público na tutela coletiva, que sua legitimidade não pode ser equiparada àquela conferida aos demais legitimados, visto que exerce papel fundamental e central em todo o processo coletivo, sendo obrigatória sua presença em qualquer ação coletiva, seja como parte, seja como fiscal da ordem

³¹¹ Art. 5º Além dos casos que tenham previsão legal específica, destaca-se de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, os seguintes casos: (...) II – normatização de serviços públicos; III – licitações e contratos administrativos; IV – ações de improbidade administrativa; V – os direitos assegurados aos indígenas e às minorias; VI – licenciamento ambiental e infrações ambientais; VII – direito econômico e direitos coletivos dos consumidores; X – ações que envolvam acidentes de trabalho, quando o dano tiver projeção coletiva; XI – ações em que sejam partes pessoas jurídicas de Direito Público, Estados estrangeiros e Organismos Internacionais, nos termos do art.83, inciso XIII, da Lei Complementar nº 75/93, respeitada a normatização interna; XII – ações em que se discuta a ocorrência de discriminação ou qualquer prática atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador, quando o dano tiver projeção coletiva; (...) XIV – ações rescisórias de decisões proferidas em ações judiciais nas quais o Ministério Público já tenha atuado como órgão interveniente”.

³¹² Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 100; Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, pp. 230-231.

jurídica. Reconhecendo a representatividade adequada e preponderante legitimidade da instituição para a tutela coletiva, “o legislador quis apenas garantir a presença do Ministério Público nas ações que envolvam discussão de interesses transindividuais, quer porque já tenha proposto e nelas deve atuar como órgão agente, quer porque, não as tendo ajuizado, obrigatoriamente nelas deve officiar como órgão interveniente”³¹³.

2.2.2. Legitimidade autônoma do Ministério Público para tutela dos interesses difusos e coletivos

Durante a evolução da tutela coletiva, dentre outras modificações em relação ao modelo processual voltado à tutela individual, encontrava-se a necessidade de superação das questões relacionadas com a legitimidade. É que, tradicionalmente, a legitimidade processual decorre da titularidade do direito material postulado em juízo. Assim, na concepção tradicional, a própria ideia de interesse ou direito está ligada ao seu respectivo titular, sendo que, usualmente, as relações configuram-se entre indivíduos.

Mas situação distinta se dá no tocante à tutela dos interesses transindividuais. Os direitos difusos decorrem da relação entre pessoas por dados de fato, por estarem sujeitos a uma mesma condição fática desfavorável, por exemplo, havendo indefinição quanto ao número de pessoas envolvidas, muito embora os efeitos sejam percebidos por todas, de modo indivisível. Neste passo, como anotado pela doutrina pátria ainda na década de 80³¹⁴, colocava-se o problema da legitimidade: poderia um indivíduo do grupo, isoladamente, agir? Ou somente uma associação que reunisse todo o grupo? Ainda, caberia tal legitimidade a um órgão público? Sabemos que a opção legislativa contida na Lei da Ação Civil Pública, de 1985, conferiu tal legitimidade a determinadas entidades de classe e órgãos públicos, dentre eles o Ministério Público, permanecendo prevista ao cidadão, enquanto indivíduo, somente a legitimidade para a propositura da ação popular.

Remanesce, porém, a dúvida quanto à natureza dessa legitimidade, em polêmica doutrinária que persiste até nossos dias.

³¹³ Hugo Nigro Mazzilli, Op. Cit.

³¹⁴ Kazuo Watanabe, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, p. 198; Ada Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 33; José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 59.

Primeiramente, podemos distinguir a capacidade e legitimidade, considerando que, “para se obter do juiz o julgamento, não basta ser capaz, sendo necessário que se seja parte no conflito de interesses para que é pedido o julgamento; assim se pôs aí em plena luz a diferença entre capacidade e esse outro requisito a que se começou a dar o nome de legitimação”.³¹⁵ A legitimidade, portanto, decorre da relação entre o sujeito e o conteúdo do ato, isto é, consiste em uma *posição*. Já a capacidade é um *atributo* da pessoa em si.

Pois bem. A legitimidade denominada “ordinária” se nota quando a própria pessoa lesada busca defender seus interesses. Os entes públicos, particulares, as pessoas jurídicas ou físicas podem provocar a jurisdição em sede de legitimação ordinária, verificada quando a própria pessoa que se diz titular de um direito lesado é que vai a juízo e expõe sua pretensão. Trata-se da regra em nosso sistema processual, conforme descrito na primeira parte do *caput* do art. 18 do CPC: “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Analisando a questão, Kazuo Watanabe identificou também legitimidade ordinária no âmbito da tutela coletiva, a partir de uma conceituação “mais aberta” do art. 6º do CPC-1973. As associações, quando em juízo, ali estão para defender seu interesse próprio, pois suas finalidades institucionais passam justamente pela defesa dos interesses de seus próprios associados. Cita, inclusive, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica para que, nessas hipóteses, justifique a busca da legitimidade diretamente nos integrantes da pessoa jurídica³¹⁶. Trata-se, todavia, de posição doutrinária minoritária, mas acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual a Corte exige autorização expressa dos associados para que então as associações se tornem legitimadas a agir³¹⁷.

³¹⁵ Francesco Carnelutti, *Teoria geral do direito*, p. 383.

³¹⁶ Kazuo Watanabe, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, pp. 202-203.

³¹⁷ Em novembro de 2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário 573.232, que somente veio a ser concluído em 14 de maio de 2014. Tratava-se de recurso interposto pela União contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, que decidiu que as associações e sindicatos, na qualidade substitutos processuais, têm legitimidade para ajuizar ações, de qualquer natureza, inclusive mandamentais, visando à defesa de direitos de seus filiados, sem que seja necessária a autorização expressa ou procuração individual destes. Contudo, durante o julgamento no Supremo, prevaleceu o voto divergente do Min. Marco Aurélio, a quem coube a relatoria do acórdão. Em síntese, apegando-se aos precedentes anteriores da Corte, decidiu-se que o disposto no art. 5º, inciso XXI, da Constituição da República “encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados”, assentando que o legislador constituinte “foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto”, na realidade acabou por exigir que “tenham – e isso pode decorrer de deliberação em assembleia – autorização expressa, que diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito – os integrantes da categoria profissional”. E, sendo assim, somente os associados que efetivamente tiverem autorizado

Porém, o entendimento majoritário considera que a legitimidade concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público, União, Estado, Município, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e associações para a propositura de ações coletivas é “extraordinária”³¹⁸. De acordo com essa corrente, não se leva em conta a titularidade do direito material para atribuição de sua defesa em juízo dos interesses transindividuais. A defesa não será realizada pelo titular do direito material ou, ao menos, não pelo seu titular exclusivo. “A legitimação será extraordinária, já que inexistente coincidência de sujeitos na relação jurídica material e processual”³¹⁹. Cuida-se de modalidade excepcional de legitimação, de modo que há necessidade obrigatória de autorização legal, tal como indicado na parte final do art. 18 do CPC, acima referido.

Neste sentido, seriam basicamente duas as hipóteses de legitimidade extraordinária: (i) a lei conferir a possibilidade de que alguém, em nome próprio, defenda direito alheio (substituição processual); ou (ii) havendo vários sujeitos lesados, a lei permitir que apenas um deles defenda todo o grupo lesado. Assim, como o direito brasileiro autoriza que determinados legitimados substituam processualmente a coletividade de lesados, o caso seria mesmo de legitimação de extraordinária³²⁰.

É certo que o legitimado ativo poderá defender em juízo interesse próprio, como na hipótese de uma associação civil que esteja buscando tutelar suas finalidades estatutárias. Todavia, argumentam os defensores dessa segunda corrente que, mesmo atendendo suas finalidades estatutárias ou institucionais, o legitimado, ao propor uma ação coletiva, defende interesses além daqueles seus próprios, pois o objeto da ação se refere também aos interesses de todo o grupo lesado, tanto que a coisa julgada será *erga omnes* ou *ultra partes*, alcançando, pois, a todos os membros do grupo³²¹. A hipótese de legitimidade extraordinária na tutela coletiva permite ao ente “atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que a esta caberia se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante”³²².

a propositura da demanda é que serão beneficiados pela coisa julgada. Os ministros Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki acompanharam o voto.

³¹⁸ Por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 219; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, pp. 142-143; Susana Henriques da Costa, *Comentários*, p. 388; e Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 193.

³¹⁹ Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 175.

³²⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 63-69.

³²¹ *Ibidem*.

³²² José Carlos Barbosa Moreira, *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 58.

Ademais, a doutrina ainda indica uma terceira corrente, que reconhece a legitimação como sendo “anômala”, “própria” ou “autônoma para condução do processo”, à qual também nos filiamos.

De acordo com seus defensores, a substituição processual apenas se sucederia nas hipóteses de substituído certo e determinado. Ou seja, por se referir a substituídos incertos e até mesmo indeterminados, as ações coletivas ensejariam uma espécie de legitimação autônoma, pois nesse ponto distingue-se da legitimação extraordinária verificada nos casos em que há substituído certo e determinado³²³. “Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito”³²⁴, concluindo-se que a legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos é “autônoma para a condução do processo: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”³²⁵.

Seguindo essas premissas, quando a lei legitima o Ministério Público para defender em juízo direitos individuais homogêneos, a sua atuação se dará como substituto processual, uma vez que, na verdade, estará efetivamente substituindo pessoas determinadas³²⁶. Assim, conclui-se que, em relação a essas duas últimas correntes se distinguem apenas em relação aos interesses difusos e coletivos, admitindo que a legitimidade para tutela de interesses individuais homogêneos é extraordinária, por substituição processual.

Com efeito, não há entre legitimados e tutelados sobreposição de legitimações processual e material, pois o titular do interesse na relação jurídico-material não está possibilitada a ir a juízo. Os titulares, por sua vez, são indefinidos, não havendo identidade entre legitimado e substituído, como ordinariamente se verifica na substituição processual aplicada

³²³ “A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual civil coletivo” (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado*, comentários ao art. 18, nota 6).

³²⁴ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado*, comentários ao art. 18, nota 6.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, ao afirmar que “a posição que melhor se ajusta à identificação da natureza jurídica da legitimação para a defesa dos interesses difusos e coletivos é no sentido de que se trata de legitimação denominada autônoma para a condução do processo” (*Manual do processo coletivo*, p. 184).

ao processo individual. Além disso, os tutelados nem mesmo podem atuar no processo no lugar do legitimado substituto, o que é possível de ocorrência no processo individual. Por tais razões, efetivamente se distanciam a substituição processual e a legitimidade para as ações coletivas visando à proteção de interesses difusos e coletivos³²⁷.

Especificamente em relação ao Ministério Público, somam-se a tais argumentos o fato de que, no direito brasileiro, ao contrário dos demais legitimados, cuja atuação depende da demonstração de pertinência temática ao caso concreto, a sua legitimidade será sempre “adequada”, na medida em que: (i) provém de instituição vocacionada à tutela do interesse público e provida de estrutura e prerrogativas suficientes para adequada tutela do direito transindividual, de modo isento e imparcial; e (ii) está submetida a duplo controle. Um interno, no âmbito do inquérito civil, consistente no *reexame necessário* das promoções de arquivamento e declínios de atribuição pelo Conselho Superior do Ministério Público ou, na esfera federal, pelas Câmaras de Coordenação e Revisão. E outro externo, quando a questão houver sido judicializada. Eventuais desvios ou insuficiências serão notadas por tais instâncias de controle, seno uma das soluções possíveis a indicação de outro membro do *Parquet* para atuação no caso concreto. Além disso, está sempre sob crivo da sociedade, pois os procedimentos ou ações são públicas, não apenas disponíveis para consulta, mas inclusive por meio de publicidade em diário oficial.

Desta forma, fica acentuada sua legitimidade autônoma para a condução dos processos coletivos, não correspondendo a simples substituição processual dos membros do grupo titular dos interesses tutelados. Tanto que, mesmo quando não figura como parte na ação coletiva, deverá ser obrigatoriamente intimada a intervir no processo, sob pena de nulidade do respectivo procedimento. Por isso, entende-se haver uma espécie de legitimidade própria do Ministério Público, distinta da substituição processual.

2.2.3. O princípio da obrigatoriedade

Por comando legislativo, o Ministério Público não está facultado a instaurar inquérito civil ou propor a ação civil pública. Com efeito, se identificada hipótese em que lei imponha sua atuação, deverá o membro do Ministério Público assim proceder, sendo essa a situação que envolve a tutela dos direitos difusos e coletivos, tal como previsto na Lei 7.347/85.

³²⁷ Ricardo Negrão, *Ações coletivas*, pp. 288-289.

O princípio da obrigatoriedade advém dos arts. 5º, §1º, §3º, 6º, 7º, e 9º da Lei da Ação Civil Pública, pois impõe ao Ministério Público o dever de investigar e agir, até eventual propositura de ação civil pública, após recebimento de informações por parte de qualquer cidadão, incluindo servidores públicos e magistrados, os quais, por sua vez, estão obrigados a se reportar ao *Parquet* caso verifiquem alguma violação a direitos transindividuais. Ademais, ao membro do Ministério Público somente é permitido promover o arquivamento do inquérito civil após “esgotadas todas as diligências”.

Contudo, a respeito do princípio da obrigatoriedade da atuação ministerial, cabem duas observações.

A primeira refere-se à correta delimitação da obrigatoriedade, no tocante ao momento em que firma a vinculação do promotor de Justiça. É que o pressuposto da obrigatoriedade de atuação corresponde à identificação positiva de uma hipótese que justifique essa intervenção. Para tanto, caberá ao membro do Ministério Público verificar se há essa identidade, ou não, dentre as hipóteses de atuação ministerial. Terá, portanto, “ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção que lhe cheguem às mãos, para decidir sobre se instaura ou não o inquérito civil ou, findo este, para resolver se propõe ou não a ação civil pública”³²⁸.

Refletindo esse entendimento, o art. 5º da Resolução 23/2007 do CNMP dispõe que, “em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no art. 1º desta Resolução ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública ou se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados”, caberá ao membro do Ministério Público, no prazo de trinta dias, indeferir a representação pela instauração de inquérito civil. Já no art. 10, regulamentou-se a promoção de arquivamento do inquérito civil, nos seguintes termos: “esgotadas todas as possibilidades de diligências, o membro do Ministério Público, caso se convença da inexistência de fundamento para a propositura de ação civil pública, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito civil ou do procedimento preparatório”.

De modo assemelhado, quando da intervenção do Ministério Público no processo civil, enquanto exercendo a função de *custos legis*, a identificação do interesse público no processo também estará a juízo exclusivo do membro do Ministério Público, a quem

³²⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 232.

competirá identificar se há, ou não, hipótese de intervenção ministerial (art. 2º da Recomendação 34, de 5 de abril de 2016, também editada pelo CNMP).

Como se nota, trata-se de compatibilização da garantia da independência funcional com o princípio da obrigatoriedade de atuação no âmbito da tutela de direitos e interesses difusos e coletivos.

O segundo ponto de observação está relacionado com o real significado do princípio da obrigatoriedade na atual fase do direito processual brasileiro, voltado às soluções autocompositivas, conforme diretriz estabelecida no art. 3º do novo CPC. Nesse sentido, a obrigatoriedade não pode ser entendida como obrigatoriedade de propositura da ação civil pública pura e simplesmente.

De acordo com o atual contexto político e normativo, na realidade, a propositura da ação deverá ser vista apenas como um dos caminhos possíveis em um sistema multiportas, sendo que, não raro, deverá ser visto como o último caminho a ser tentado para a tutela dos interesses e direitos transindividuais.

A obrigatoriedade, portanto, reside na necessidade de atuação e intervenção ministerial após identificada uma situação de possível lesão ou ameaça a direitos coletivos, no entanto, cabe ao promotor de Justiça com atribuição para o caso concreto verificar, dentre os vários caminhos possíveis de solução da controvérsia, qual o mais adequado e eficaz para aquela hipótese. Nesse contexto, os instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos colocados à disposição do Ministério Público, principalmente o compromisso de ajustamento de conduta e a recomendação administrativa, ganham relevância e devem ser eleitos com prioridade sobre as alternativas de judicialização, sempre que possível.

Mais do que em qualquer período desde a vigência da Lei da Ação Civil Pública, hodiernamente “a obrigatoriedade é direcionada pela imperativa realização do interesse indisponível tutelado, não denotando, propriamente, a existência de um dever de provocar a atuação do Poder Judiciário”³²⁹. Se, com o compromisso de ajustamento de conduta (ou outra diligência qualquer), o interesse tutelado fica preservado, a obrigatoriedade de atuação ministerial terá sido atendida.

³²⁹ Emerson Garcia, *Ministério Público*, p. 464.

2.2.4. A ausência de obrigatoriedade de interposição de recurso contra sentenças de improcedência ou parcial procedência das ações civis públicas

Da mesma forma que cabe ao membro do Ministério Público identificar a necessidade, ou não, de propositura da ação civil pública, também caberá a seu juízo verificar a necessidade de interposição de recursos contra a sentença de improcedência ou parcial procedência dos pedidos inicialmente apresentados. Caso se convença dos fundamentos apresentados pelo magistrado na sentença proferida, não estará o integrante do *Parquet* obrigado a interpor recursos, mesmo que tenha sido de sua autoria a petição inicial que originou o processo em questão.

Aliás, ao contrário do que ocorre na ação penal pública, em que há dispositivos legais expressamente vedando a possibilidade de desistência e renúncia recursais (arts. 42 e 576 do CPP), na esfera civil, como o Ministério Público não é legitimado exclusivo para a ação civil pública (a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva), não há óbices ao oferecimento de desistência da ação ou mesmo renúncia à interposição de recursos.

De fato, havendo diversos colegitimados para a ação coletiva, se o Ministério Público não propuser a demanda ou mesmo não recorrer contra eventual sentença desfavorável, outros colegitimados poderão assim agir ou recorrer. Cabe apontar que a Lei da Ação Civil Pública inclusive admite que possa haver desistências, desde que fundamentadas (art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/85, a *contrario sensu*)³³⁰.

2.2.5. As deliberações do Ministério Público: discricionariedade?³³¹

O termo *discricionariedade* foi bastante desenvolvido pelos estudiosos do direito administrativo, significando, em linhas gerais, a possibilidade de escolha entre diversas formas de se chegar ao bem comum. Entende-se discricionária a decisão administrativa que tenha sido definida por critérios de oportunidade e conveniência do administrador público, no tocante ao mérito do ato. Isto é, havendo a possibilidade de mais de uma escolha, o administrador opta por uma determinada, sendo que, entretanto, qualquer uma delas seria entendida como válida e correta, pois são conferidas pela legalidade administrativa. Nesse

³³⁰ Nesse sentido, conferir Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 434.

³³¹ Parte das ideias aqui tratadas já haviam sido por nós discutidas em trabalho anterior (*Repercussão geral das questões constitucionais*, pp. 127-132).

sentido, não se pode falar propriamente em acerto ou erro, pois cabia legitimamente ao administrador realizar a escolha.

Com o Estado de Direito, toda atividade administrativa foi subjugada a um quadro normativo, impositivo a todos: Estado e indivíduos particulares. Por isso, desde então se entende que a atividade administrativa é uma atividade essencialmente infralegal, sendo que a Administração apenas pode atuar quando a lei permite, de modo que não goza de liberdade tal como os particulares, a quem é permitido agir conforme aquilo que não lhes é proibido. Mas, apesar dessa vinculação à lei, casos existem em que o legislador confere ao administrador uma margem de liberdade em sua atuação, denominada pela doutrina de discricionariedade administrativa³³².

No entanto,

a lei, ao regular as várias possíveis situações a ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta do agente público estabelecendo de antemão e, em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso, diz-se que existe vinculação³³³.

Nas hipóteses em que a lei confere certa margem de liberdade ao administrador, normalmente haverá uma referência à situação de fato, mas frequentemente descrita por expressões envolvendo conceitos fluidos, imprecisos, também denominados de vagos ou indeterminados.

A respeito do ato administrativo discricionário, Maria Sylvia Di Pietro explica que a sua justificativa ocorre por um critério de ordem jurídica e outro de ordem prática. Como o ordenamento jurídico é piramidal, há vários graus pelos quais se expressa o Direito; a cada ato, acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior, momento em que se utiliza a discricionariedade, permitindo a final aplicação da norma ao caso concreto. Em razão do critério de ordem prática, a discricionariedade se justifica “para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas” e também para “suprir a impossibilidade em que se

³³² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade*, p. 16.

³³³ *Ibidem*.

encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar”³³⁴.

A característica central da discricionariedade certamente reside na possibilidade de que o administrador tenha alguma margem de escolha, prevista em lei, a ser preenchida por critérios de conveniência e oportunidade no caso concreto. A discricionariedade pode se dar quanto ao *momento* de prática do ato administrativo, à *escolha entre agir ou não agir* perante determinada situação, assim como quanto ao *motivo* e *conteúdo* dos atos administrativos³³⁵.

O motivo³³⁶ será discricionário quando a lei não o definir, deixando a critério da Administração, ou quando a lei o definir por meio de conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao administrador apreciá-los segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa. Um exemplo se refere à punição do servidor que praticar “falta grave”, em hipótese na qual a lei não traz elementos precisos sobre o que seria a “falta grave”.

Com relação ao conteúdo, “será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito”³³⁷. Exemplificativamente, mencionam-se as hipóteses em que a lei prevê diversas punições possíveis para uma mesma infração, como “multa ou suspensão” de um determinado direito.

Assim, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello que:

discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das pressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente³³⁸.

Em relação às decisões judiciais, distintamente do administrador público, verifica-se que o juiz não julga com fundamento em critérios de oportunidade e conveniência,

³³⁴ Maria Sylvania Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 220.

³³⁵ Valendo-se o legislador de tal técnica, haverá uma interferência subjetiva no que se refere “a) à determinação ou reconhecimento da situação fática ou b) no que concerne a não agir ou agir ou c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade*, p. 17).

³³⁶ O motivo pode ser definido como o pressuposto fático que antecede a prática do ato.

³³⁷ Maria Sylvania Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 223.

³³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade*, p. 48.

ainda que a lei lhe confira uma margem mais ampla para a decisão. Na realidade, o juiz busca a melhor decisão, que será a única correta. A eventual margem no processo decisório tem como finalidade permitir ao juiz verificar qual será a melhor solução para o caso concreto, mas sem que se possa entender que as demais soluções também seriam igualmente corretas. Nesse ponto reside a diferença entre a decisão judicial e a decisão administrativa discricionária.

De fato, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “quando realmente existe discricionariedade, não há apenas um problema de não se poder provar algo; há o problema de não se poder saber qual é a solução ótima”³³⁹. Mas as decisões judiciais devem sempre buscar a solução ótima – única decisão possível – sob pena de reforma da decisão proferida pelas instâncias superiores.

Teresa Arruda Alvim Wambier também advoga pela tese de que não se pode entender que o Poder Judiciário age com discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago. Isso porque a ideia de discricionariedade está intimamente conectada à noção de imunidade ou impossibilidade de controle, pelo menos em certa escala. Para ser discricionária, a decisão teria que estar fora do controle das partes.

Com efeito, em relação à Administração, nosso ordenamento jurídico admite que haja certa tolerância com as decisões que não seriam ótimas, “mas, simplesmente, muito boas”, de modo que, nessas hipóteses, não há controle judicial sobre o poder de escolha do administrador. O poder discricionário seria, nesse contexto, justamente a possibilidade do administrador de realizar escolhas, com uma certa margem de liberdade.

E se é verdade que a discricionariedade remete a basicamente dois fenômenos: (i) possível existência de uma zona de liberdade para o agente aplicador da lei, gerando o espaço onde haverá diversas soluções permitidas, e (ii) o conceito vago, havendo quem defenda que a mera existência de conceito vago já demonstraria a discricionariedade; é certo que o conceito vago, por si só, não denota a existência de poder discricionário, pois a interpretação não se confunde com discricionariedade.

Mais uma vez citando Teresa Arruda Alvim Wambier³⁴⁰,

³³⁹ Op. Cit., p. 42.

³⁴⁰ Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Recurso especial*, p. 184-185.

o conceito vago, como observamos antes, desempenha duas funções que nos parece devam ser valorizadas positivamente: 1. Permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado e, então, ficariam fora do alcance da norma; 2. Permite que a mesma norma dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais adaptável; 3. Permite que a mesma norma seja aplicada de forma mais justa em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes. Este, e só este, é o alcance que se deve atribuir à flexibilidade insita aos conceitos vagos.

A autora, após questionar o que seria essa liberdade concebida ao magistrado, quando necessária a interpretação de conceitos vagos, responde: “para o magistrado há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto”³⁴¹. Ao analisar os conceitos vagos utilizados pelo legislador, o juiz terá inegável amplitude de interpretação, mas o seu exercício será sempre vinculado, fundamentado e sujeito a controle, de modo que realmente não se pode chamar tal atividade hermenêutica de discricionariedade judicial:

o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Nesses casos, verificando haver subsunção da situação descrita pela parte a qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador, senão aplicar a regra invocada. Dessa decisão cabe recurso³⁴².

Quanto às deliberações do Ministério Público, no exercício de sua atividade-fim, entendemos que gozam de certa discricionariedade, mas apenas em relação à forma e ao momento de atuação, pois, em relação ao conteúdo, em regra, estão assemelhadas às decisões judiciais, de forma que há certa margem de interpretação – mas não propriamente discricionariedade – no tocante à aplicação da lei. Como afirmado por Gabriel Lino de Paula Pires, “é possível, pois, que no exercício das atribuições ministeriais surjam situações ou momentos em que se vislumbre a característica da discricionariedade. Ou, ao menos, é possível vislumbrar certos aspectos discricionários na atividade-fim”³⁴³. Mas não se trata da regra.

Assim, haverá manifestação de discricionariedade quando, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, o promotor de Justiça puder optar entre as distintas soluções conferidas pelo Direito, tal como ocorrerá em algumas situações em que seja possível a

³⁴¹ *Ibidem*, p. 193.

³⁴² José Roberto Santos Bedaque, *Discricionariedade judicial*, p. 190.

³⁴³ Gabriel Lino de Paula Pires, *Ministério Público*, p. 137.

convocação de audiência pública ou reuniões prévias à celebração de um termo de ajustamento de conduta. Nesse caso, caberá ao órgão do Ministério Público com atribuição decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de tais atos (art. 1º, §4º, da Resolução 179/2017 do CNMP). Relativamente ao momento, igualmente poderá haver opção pela propositura de uma ação civil pública em determinado período ou outro posterior, visando à otimização de seus resultados, por exemplo. Da mesma forma, a opção entre acumular pedidos em única petição inicial ou formular ações distintas.

Carlos Vinícius Alves ainda cita hipótese de se decidir “ajuizar ação civil pública ao invés de tentar, antes, solucionar a questão com ajustamento de condutas, conciliações ou recomendações”³⁴⁴. Com efeito, a depender a situação concreta, a melhor estratégia poderá ser pelo acesso direto à via judicial, obtendo-se medidas de urgência que somente possam ser determinadas judicialmente, previamente à ciência da outra parte até mesmo sobre as investigações em curso.

Mas entendemos que não estaremos diante de discricionariedade quando o membro do Ministério Público se deparar a situações em que seja possível transacionar sobre o interesse por ele tutelado. No limite, como reconhece parte da doutrina, seria hipótese de “discricionariedade regrada”³⁴⁵ ou de exercício de um “poder-dever discricionário”³⁴⁶, sem que haja propriamente uma liberdade de escolha, embora exista uma certa margem conferida pela legislação, a ser preenchida com os critérios também por ela previamente indicados.

De fato, como visto, trata-se de situação já existente no âmbito criminal, em razão da Lei 9.099/95, que permite a formulação de propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, por meio das quais o *Parquet* poderá propor condições a serem cumpridas pelo investigado ou pelo acusado, respectivamente, como forma de evitar ou suspender a ação penal. Com relação à tutela coletiva, da mesma forma ocorre em relação ao

³⁴⁴ Carlos Vinícius Alves, *Funções administrativas e discricionárias do Ministério Público*, p. 343.

³⁴⁵ “Essa iniciativa, decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, é hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao Ministério Público, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do ‘ius puniendi’ do Estado. Trata-se de opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado espaço de consenso, vinculado à pequena e média criminalidade, e não ao espaço de conflito, referente à criminalidade grave” (Mirabete, *Juizados especiais criminais*, p. 84).

³⁴⁶ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e poder público*, p. 314.

compromisso de ajustamento de conduta, ainda que apenas tratemos a respeito do prazo e do modo de cumprimento das obrigações legalmente previstas.

Em tais casos, não há uma outorga de liberdade de escolha pelos membros da instituição, como se várias soluções fossem igualmente corretas e adequadas. Na realidade, todas as decisões deverão estar fundamentadas e justificadas, assim como se daria em relação a eventual decisão judicial sobre tais questões. Com efeito, no caso da suspensão condicional do processo, por exemplo, a Lei 9.099/95 permite ao magistrado a imposição de condições judiciais e facultativas, que deverão também ser fixadas de acordo com critérios a serem devidamente fundamentados.

Sobre as decisões judiciais envolvendo a aplicação de conceitos jurídicos abstratos, José Carlos Baptista Puoli adverte que

não se deverá confundir esta maior ‘margem de liberdade’ do julgador com uma atividade discricionária, pois não se trata de fazer uma opção entre duas alternativas igualmente válidas segundo o ordenamento jurídico, mas sim, de integrar o sentido da norma por intermédio da complementação de seu conteúdo com aquilo que é a única opção válida em conformidade com os valores éticos e sociais que devem ser canalizados pelo juiz³⁴⁷.

Segundo compreendemos, trata-se do mesmo raciocínio a ser aplicado aos atos e às deliberações do Ministério Público em sua atividade fim: caberá verificar qual a única opção válida a partir dos valores éticos e sociais que pairam sobre os interesses envolvidos, ainda que, em determinadas situações, haja maior liberdade de aferição dessa opção, como naqueles casos em que há a possibilidade de se transacionar com os particulares envolvidos. Contudo, ainda nessas hipóteses, cremos que caberá ao membro do Ministério Público justificar as razões da transação firmada e da adequação das medidas acordadas para reparação da lesão ocorrida ou da ameaça de lesão. De modo semelhante às decisões judiciais, também os atos ministeriais sempre deverão ser fundamentados e estarão sujeitos a controle (interno e externo).

2.2.6. Princípio da independência funcional e estímulo às soluções consensuais

Como visto, o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público está previsto na Constituição da República, garantindo que possam atuar livres de pressões exógenas no exercício de suas funções. Evitam-se, assim, retaliações e perseguições

³⁴⁷ José Carlos Baptista Puoli, *Os poderes do juiz*, p. 74.

decorrentes de determinados posicionamentos que possam ser adotados pelos promotores de Justiça no exercício de sua atividade fim, devendo obediência apenas à sua consciência e à ordem jurídica.

No entanto, a independência funcional não pode servir de justificativa para omissões e ineficiência por parte dos integrantes do Ministério Público, cujos atos praticados devem estar em consonância com as orientações dos órgãos superiores voltadas à identificação das situações que justificam a intervenção ministerial. Além disso, como observa Marcelo Pedroso Goulart, em razão do princípio da unidade institucional, caberá aos órgãos da Administração Superior definir metas e estratégias de atuação, propiciando eficiência e integração na busca das funções constitucionalmente atribuídas à instituição³⁴⁸. Nesse sentido, o CNMP editou a Resolução 147, de 21 de junho de 2016, que dispõe sobre o planejamento estratégico nacional do Ministério Público e estabelece diretrizes para o planejamento estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, das unidades e dos ramos do Ministério Público.

Com efeito, a fixação de atribuições e a definição de metas aos membros do *Parquet* não implicam interferência na sua independência funcional, pois não há ingerência sobre o teor de suas manifestações, mas somente indicação de hipóteses de atuação ministerial. “A independência funcional, em última *ratio*, é prerrogativa afeita à missão institucional do Ministério Público, destinando-se a assegurar o livre exercício da função, não a prestigiar os agentes que simplesmente não desejem exercê-la”³⁴⁹.

Nessa senda, identificada hipótese de atuação do Ministério Público sobre determinada controvérsia que possa ser adequadamente solucionada por meio de técnicas consensuais, tais como a expedição de recomendação administrativa ou mesmo a tomada de um termo de ajustamento de conduta, poderá se configurar abusiva a prematura e inoportuna propositura de ação civil pública, assim como também eventual inércia pelo agente ministerial, caso se mantenha omissivo. Outra hipótese de impasse pode decorrer da recusa imotivada do órgão do *Parquet* face à justa proposta de acordo formulada em audiência de conciliação, quando já existente uma ação civil pública em curso.

³⁴⁸ Marcelo Pedroso Goulart, *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, p. 137. Corroborando esse entendimento, vide Gregório Assagra de Almeida, *O Ministério Público no neoconstitucionalismo*, p. 82.

³⁴⁹ Emerson Garcia, *Ministério Público: essência e limites da independência funcional*, p. 78.

Diante da expressa orientação do art. 3º do novo CPC e da Resolução 118/2014 do CNMP, ao delimitar a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, cabe questionar quais os meios de se enfrentar eventuais desvios.

Primeiramente, é bastante salutar que cada unidade do Ministério Público, seguindo as diretrizes firmadas pelo CNMP, também regulamentem, nos seus respectivos ramos de atuação, as hipóteses de acordo e transação, definindo os pressupostos para identificação das situações que recomendam a tomada de soluções consensuais e os respectivos parâmetros para negociações. Na mesma linha, os Planos e Programas de Atuação poderão estabelecer as políticas de atuação, de modo integrado em toda a unidade, por um determinado período de tempo³⁵⁰.

A partir da existência de tais normas, sempre com o devido respeito à independência funcional do promotor de Justiça natural, a ser objeto de manifestações fundamentadas, as eventuais condutas abusivas e/ou omissivas poderão ser objeto de fiscalização pela respectiva Corregedoria ou até mesmo pela Corregedoria Nacional do Ministério Público. Inquéritos civis ou procedimentos assemelhados que tramitam há muitos anos, sem que seu presidente adote medidas visando ao adequado encerramento do procedimento e solução da irregularidade apontada, sem dúvida, estão sujeitos a tal espécie de controle funcional. A situação será tanto mais grave quanto já tiver havido propostas de soluções consensuais por parte dos investigados, muitas vezes dispostos a regularizar suas posturas, mas ansiosos pela construção de uma solução que lhes permitam mínima segurança jurídica – até porque, não raro, as medidas a serem objeto de compromissos de ajustamento de conduta demandam investimentos economicamente vultuosos.

Por outro lado, a injustificada ou infundada recusa a propostas de acordo formuladas em juízo (quando já existente uma ação coletiva), também poderá ser objeto de controle pelos órgãos da Administração Superior, cabendo ao magistrado remeter os autos e a proposta formulada ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá, se for o caso, designar outro membro da instituição para atuar na demanda e também comunicar tal fato aos órgãos de

³⁵⁰ De acordo com a Resolução 147/2016 do CNMP, as metas estratégicas serão definidas para horizonte temporal mínimo de 1 ano (art. 15, §4º).

controle interno para adoção das medidas administrativas cabíveis, por analogia ao art. 28 do CPP³⁵¹.

De fato, situação análoga ocorre em relação à proposta de suspensão condicional do processo no âmbito criminal. Previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, o benefício pode ser aplicado às infrações penais cuja pena mínima não ultrapasse um ano, desde que preenchidos determinados requisitos legais, dentre eles que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”. Por se tratar de requisito subjetivo, muitas vezes surgem divergências entre o membro do Ministério Público, que recusa o oferecimento do benefício, e a defesa do acusado, a qual tenta justificar que todos os requisitos estariam presentes, apesar dos antecedentes criminais existentes. Em situações tais, se verificar que, na realidade, estão realmente preenchidos os requisitos legais, na medida em que a proposta ministerial não pode ser entendida como sendo ato discricionário (conforme concluímos no item acima), deverá o magistrado remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, com fundamento no art. 28 do CPP. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, com o seguinte teor: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28, do Código de Processo Penal”.

Portanto, desde que haja a desejável regulamentação normativa a respeito de hipóteses, pressupostos e parâmetros de acordo e transação pelos membros do Ministério Público, poderão as partes envolvidas e também o Poder Judiciário realizar efetivo controle sobre as manifestações ministeriais; se o for o caso, acionando o Procurador-Geral de Justiça ou outras instâncias superiores para que tomem conhecimento da conduta entendida como irregular perante o art. 3º do CPC, norma que impõe ao *Parquet* o estímulo de soluções

³⁵¹ O exame de qualquer recusa de intervenção ministerial ou, na hipótese em exame, da recusa de seguimento à ação proposta, da qual tenha discordado o juiz, deve caber ao chefe do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, conforme o caso). É que a única função de execução que a lei outorga ao Conselho Superior é a revisão do arquivamento de inquéritos civis. (...) O fundamento que tem sido adotado para o controle da negativa de atuação é o art. 28 do CPP, mas nem chegaria a tanto: embora os membros do Ministério Público tenham a garantia da independência funcional, o que os isenta de qualquer injunção quanto ao conteúdo de suas manifestações, são administrativamente vinculados aos órgãos superiores (...). Poderá haver designação de outro promotor de justiça para assumir a ação, ou sendo confirmada a desnecessidade do prosseguimento, nada mais restará ao juízo a não ser determinar a extinção do feito sem o julgamento do mérito” (Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, pp. 231-235).

consensuais de resolução de conflitos, sendo ilegítima a priorização injustificada da via jurisdicional.

2.3. O consenso e a argumentação como fundamentos legitimadores das transações tomadas pelo Ministério Público

Dentre outras características, as decisões judiciais proferidas em sede de tutela coletiva gozam de definitividade e substitutividade³⁵². Quer dizer, podem se tornar imutáveis, de modo que as partes não podem repropor uma mesma demanda em juízo já decidida no tocante ao mérito e nem podem comportar-se de forma distinta do quando determinado no comando judicial (coisa julgada). Substituirão a vontade das partes no caso concreto, razão pela qual a vontade Estatal será coercitivamente imposta aos envolvidos.

Trata-se, porém, de características exclusivas da jurisdição, razão pela qual os meios extrajudiciais empregados pelo Ministério Público não poderão ser impostos, à força, aos causadores do dano ou ameaça de dano investigados. No tocante à legitimidade, tais formas de resolução de conflitos dependerão do consenso (legitimidade perante os obrigados) e da correção da solução alcançada³⁵³, por meio da argumentação racional e fundamentação (legitimidade perante os colegitimados e demais interessados).

Realmente, a solução extrajudicial somente poderá vincular o causador do dano ou da ameaça de dano se manifestar livremente sua vontade. Será em razão de seu consenso que, posteriormente, eventual título executivo extrajudicial poderá lhe ser imposto a título de cumprimento forçado, ou, na hipótese de cumprimento voluntário, como fundamento justificante de sua submissão.

Por isso, há necessidade de atendimento aos requisitos do art. 104 do Código Civil também sob a perspectiva do compromissário, quando houver formalização de instrumento obrigacionais entre ele e o Ministério Público: deve ser agente capaz ou devidamente representado ou assistindo, quando for o caso, e o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Ou seja, é necessário ainda verificar se os interesses do compromissário são também transacionáveis, sob a sua perspectiva. Não poderá o agente envolvido, por exemplo, renunciar ao direito à saúde ou mesmo à vida em prol de atender aos

³⁵² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, pp. 149-154.

³⁵³ Alexandre Amaral Gavronski, *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 126.

interesses da coletividade. Do mesmo modo, sua vontade deve ser livremente manifestada, ficando o ato sujeito à anulação nos casos em que houver erro, dolo ou coação, além das demais hipóteses previstas na legislação civil.

Mas além do consenso, é necessário que a solução jurídica encontrada no caso concreto seja também legítima em relação aos demais colegitimados e aos terceiros interessados, isto é, os membros do grupo que sofrerão os efeitos da tutela coletiva pretendida. Neste contexto, dada a crescente complexidade das relações sociais, ganha importância a argumentação jurídica, principalmente no tocante à valoração dos princípios de um determinado sistema normativo, enquanto fundamento legítimo para a decisão tomada em determinado caso concreto. Com o Direito, buscam-se soluções jurídicas corretas – e não propriamente verdades irrefutáveis (as quais somente poderiam decorrer de comprovações empíricas em relação às ciências naturais). Portanto, a solução será construída a partir do discurso jurídico, pois, para cada situação concreta, apresentam-se várias soluções possivelmente corretas, sendo que somente uma delas, no entanto, deverá ser escolhida como aquela mais adequada.

Com efeito, na medida em que não é titular dos interesses e direitos envolvidos e nem mesmo o único legitimado à sua proteção, a legitimidade das soluções consensuais apresentadas pelo Ministério Público decorrerá da argumentação jurídica apresentada, indicando se tratar da melhor solução à hipótese. Caso contrário, a solução encontrada poderá ser questionada pelos entes colegitimados perante os órgãos de controle interno (Conselho Superior e Câmaras de Coordenação e Revisão) ou até mesmo perante o Poder Judiciário.

Aliás, por tais razões é que entendemos que os atos deliberativos praticados pelo Ministério Público na construção de soluções extrajudiciais não podem ser entendidos como discricionários, ao menos no sentido tradicional do termo.

Ademais, salutar que se permita ao compromissário apresentar informações e esclarecimentos que entender necessários, assim como apresentar documentos comprobatórios de suas informações, em desejável exercício do contraditório. A fundamentação da solução consensual que se acordar será tanto mais legítima quanto mais detalhadas e precisas forem as informações sobre as quais se funda a investigação realizada pelo Ministério Público. Atendendo-se às diretrizes do atual CPC, tal contraditório, voltado ao consenso, deverá se

realizar de modo cooperativo e leal, até porque, se inviabilizado o acordo, o exercício do contraditório acabaria por ser realizado na subsequente fase judicial.

Neste passo, a Resolução 23/2007 do CNMP, que trata do inquérito civil, previu que qualquer pessoa poderá, durante a tramitação do inquérito civil, apresentar ao Ministério Público documentos ou subsídios para melhor apuração dos fatos (art. 6, §5º). Ora, se tal direito é concedido a qualquer pessoa, com muito mais pertinência poderá exercido pelo próprio indigitado, notadamente quando tiver efetivo interesse na solução consensual das questões tratadas no procedimento ministerial.

2.4. Instrumentos afeitos ao Ministério Público para coleta de informações e que também permitem o atendimento aos princípios da transparência, publicidade e contraditório

2.4.1. Poderes investigatórios, intimações e requisições

Como visto, a Constituição de 1988 atribui relevantes funções ao Ministério Público, voltadas à realização dos objetivos da República e de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados no texto constitucional.

Para exercício de tal mister, ainda no art. 129 da Constituição, foram atribuídos poderes e instrumentos concretos em favor da instituição e de seus membros, visto que, evidentemente, não haverá “eficaz defesa dos bens jurídicos confiados ao Ministério Público, se esta instituição não receber suficientes poderes de investigação para que se viabilize o conhecimento dos fatos relevantes, atinentes a uma determinada situação jurídica”³⁵⁴.

Aliás, em razão do princípio da obrigatoriedade, por meio do qual *deve* haver a apuração de qualquer indício de perigo ou dano a interesses transindividuais pela instituição com a notícia recebida pelo órgão de execução, não constituindo mera *faculdade*, ainda que sem prejuízo de sua liberdade e independência funcional na identificação da situação no caso concreto, torna-se de fato imprescindível que se disponha de um “arsenal” de poderes investigatórios que permitam adequada instrução dos procedimentos afeitos ao Ministério Público³⁵⁵.

³⁵⁴ Luis Roberto Proença, *Inquérito civil*, p. 65.

³⁵⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 77; Gustavo Milaré Almeida, *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*, p. 78.

As requisições estão previstas no art. 129, inciso VI, da Constituição, art. 8º, §1º, da Lei da Ação Civil Pública e art. 26, incisos I, alíneas b e c, II, III e IV, da Lei Orgânica Nacional³⁵⁶, além das demais Leis Orgânicas dos diversos Ministérios Públicos no Brasil. O membro do Ministério Público poderá expedir requisições de diligências, certidões, documentos ou informações, dirigidas a quaisquer órgãos da Administração, direta ou indireta, dos diferentes Poderes, e até mesmo entidades privadas ou pessoas físicas estão sujeitas às requisições, mas com a ressalva de que, nestes dois últimos casos, não estarão obrigados a produzir provas consigo mesmos, isto é, poderão ser destinatários das requisições, excetuando-se situações em que se destinem à produção de provas contra a própria entidade privada ou pessoa física. Também não há qualquer restrição relacionada ao local de exercício das atribuições do promotor de Justiça ou âmbito do ente público, se federal ou estadual. Desde que a investigação esteja funcionalmente submetida às atribuições do membro requisitante, as requisições poderão ser dirigidas a quaisquer órgãos, entidades ou pessoas, como dito acima.

A importância das requisições durante a atuação ministerial é muito grande, pois “as requisições não são pedidos (requerimentos), mas sim consistem em ordem legal do agente público para que se entregue, apresente ou forneça algo”³⁵⁷, sendo que seu desatendimento pode ensejar a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público e até configurar a conduta tipificada como crime no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública³⁵⁸.

De acordo com as normas legais que dispõe sobre esse poder ministerial, podem constituir objeto das requisições: (i) fornecimento de certidões, documentos e informações; (ii) realização de exames, vistorias e perícias; (iii) exibição de documento ou coisas, para fins de

³⁵⁶ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (...) b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

³⁵⁷ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 174.

³⁵⁸ O art. 10 da Lei 7.347/85 e também o art. 8º, inciso VI, da Lei 7.853/89 (defesa de pessoas com deficiência) tipificam a conduta omissiva daquele que sonegar informações ao órgão do Ministério Público, se necessárias ao ajuizamento da ação civil pública em defesa de quaisquer interesses transindividuais.

apreensão ou perícia; (iv) instauração de inquérito policial; e (v) instauração de sindicância ou procedimento administrativo.

A respeito das requisições, sempre houve muita polêmica envolvendo as informações protegidas por sigilo. A Lei 7.347/85, no art. 8º, §2º, previu que “somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informações, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”. No tocante à atual regulamentação dos poderes do Ministério Público, a Lei Orgânica Nacional dispõe que “o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses de sigilo” (art. 26, §2º). A LC 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), de modo assemelhado, previu que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (art. 6º, §2º). As Leis Orgânicas citadas ainda preveem a responsabilização, inclusive criminal, do membro do Ministério Público que fizer uso indevido de informações e documentos que requisitar.

No entanto, o debate decorre não apenas das normas acima mencionadas, mas dos próprios princípios constitucionais envolvidos. Com efeito, a Constituição de 1988 instrumentalizou o *Parquet* para exercício de suas finalidades constitucionais e o imbuíu de diversas prerrogativas, tendo autorizado a regulamentação de poderes e prerrogativas em legislação específica. Todavia, da mesma forma tratou da privacidade e do sigilo em hipóteses delimitadas (art. 5º, incisos X, XII, XIV, XXXIII, LX e LXXII), as quais devem igualmente ser observadas e, assim, compatibilizadas com o poder de requisição ministerial.

A respeito do sigilo de informações bancárias, a preservação da intimidade não pode ser oposta ao Ministério Público quando se está diante do interesse da sociedade em se conhecer o destino dos recursos públicos. Nesse julgamento do MS 33.340, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as operações financeiras que envolvam recursos públicos “não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar 105/2001, visto que as operações desta espécie estão submetidas aos princípios da Administração Pública, esculpidos no art. 37 da Constituição Federal”. Ademais, esse entendimento foi reiterado no julgamento do MS 21.729, pelo Plenário da Suprema Corte³⁵⁹, quando se reconheceu ao Ministério Público

³⁵⁹ “Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo

Federal o poder de requisitar informações bancárias relativas a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao fundamento de que se trata de operação em que há dinheiro público.

Solução semelhante era conferida em relação ao sigilo fiscal, isto é, garantindo-se o sigilo a respeito de informações de natureza fiscal do contribuinte, no exercício da atividade profissional da Fazenda Pública ou de seus servidores, com exceção daquelas que envolvam verbas públicas, dado o princípio da publicidade.

Entretanto, em fevereiro de 2016, por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento anterior (de 2010) e decidiu, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, bem como no RE 601.314 (submetido à sistemática da repercussão geral), pela constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, a qual autoriza que órgãos da administração tributária quebrem o sigilo fiscal de contribuintes independentemente de autorização judicial. Nessa linha, recentemente o TRF-3³⁶⁰ decidiu que o Ministério Público Federal pode requisitar informações e documentos diretamente à Receita Federal em seus procedimentos investigatórios. Em síntese, corretamente se reconheceu que, nesses casos, deve ser atendida a requisição ministerial, que possui fundamento constitucional, mediante a transferência de sigilo fiscal ao Ministério Público. Ou seja, o caráter sigiloso das informações fica mantido, embora compartilhado com o *Parquet*.

A se confirmar a atualidade da polêmica e a necessidade de nova deliberação pelo Supremo Tribunal Federal sobre os limites do poder de requisição ministerial, à luz dos precedentes firmados em fevereiro de 2016 sobre a LC 105/2001, em 8 de setembro de 2017 foi publicada a Resolução 181/2017 do CNMP, dispondo que “nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (art. 7º, §1º).

Com origem na expressão latina *notus ficare*, por notificação se entende o ato destinado a cientificar uma determinada pessoa de que, se praticar certo ato, ou deixar de praticá-lo, estará sujeita a cominações. Nesse contexto, por intimação se entenderia a ciência a uma pessoa de que um determinado ato fora praticado. Na sistemática de 1939, eram três as

bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição” (STF, MS 21.729-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.10.1995).

³⁶⁰ TRF-3, HC 0020412-68.2016.4.03.0000/SP, j.

espécies de atos de comunicação processual: citação, notificação e intimação processual. Contudo, o CPC-73 e o novo CPC deixaram de utilizar essa distinção³⁶¹ (art. 234, CPC-73, e art. 269, CPC-2015).

De todo modo, no art. 129, inciso VI, da Constituição e 26, inciso I, alínea a, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, foi conferida à instituição o poder de expedir notificações, para “colher depoimentos ou esclarecimentos”, sendo que, no caso de não comparecimento injustificado, poderá o membro do *Parquet* requisitar condução coercitiva³⁶². Conforme a Resolução 181/2017 do CNMP, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência mínima de 48h, fazendo menção ao fato investigado e à faculdade do notificado de se fazer acompanhado por advogado (art. 7º). Além disso, foi previsto que, preferencialmente, os depoimentos deverão ser colhidos de forma oral, mediante gravação em sistema audiovisual, embora apenas em casos excepcionais e imprescindíveis seja necessária a transcrição dos depoimentos oralmente colhidos (art. 8º). A Resolução 181 também inovou ao dispor que, para oitivas fora dos limites territoriais da área de atribuição do promotor de Justiça que preside o procedimento, as gravações serão realizadas por videoconferência, podendo, no entanto, ser deprecadas ao promotor de Justiça local (art. 11).

A conferência de poderes investigatórios do Ministério Público, em conjunto com poderes de expedir requisições e notificações, mostra-se de extrema relevância para apuração dos fatos noticiados à instituição, principalmente aqueles que geram consequências criminais ou no âmbito da tutela coletiva. Com efeito, tais poderes permitem a correta verificação do fato narrado e sua autoria, evitando que sejam iniciados procedimentos ou até mesmo ações judiciais sem que haja adequada individualização dos fatos e condutas. Agora, diante das atuais tendências de busca por soluções autocompositivas, tais poderes investigatórios serão tão ou até ainda mais importantes, visto que o conhecimento de informações amplas sobre os fatos e as condutas envolvidos no procedimento investigatório mostra-se fundamental para que ambas as partes possam chegar a um ponto de consenso. Aliás, não raro, até mesmo nas hipóteses de intervenção ministerial no Processo Civil, como *custos*

³⁶¹ Humberto Theodoro Júnior, *Curso*, v. I, p. 577.

³⁶² Apesar das recentes polêmicas envolvendo o tema durante as investigações da denominada “Operação Lava Jato”, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a condução coercitiva, inclusive de pessoas investigadas (o direito ao silêncio deve ser garantido quando do depoimento do investigado, o qual, no entanto, fica obrigado a atender à notificação de comparecimento expedida). Por todos, ver STF, HC 107644/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6.9.2011. Informativo 639. Mas, em 2016, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou a ADPF 395 (ainda pendente de julgamento, conforme consulta *on line* realizada em 22.10.2017), na qual pede que a condução coercitiva para a realização de interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), seja declarada incompatível com a Constituição da República.

legis, haverá a possibilidade de que a instituição adequadamente observe o art. 3º do novo CPC, estimulando e promovendo métodos autocompositivos de solução dos conflitos verificados. Da mesma forma, quanto mais informações, melhor será a todos (partes, advogados, juiz e promotor de Justiça), na medida em que os envolvidos, de um modo geral, deterão maior conhecimento a respeito dos vários aspectos e das complexidades do litígio posto.

Contudo, entendemos que o exercício de tais poderes e prerrogativas depende da prévia instauração de um procedimento correlato. “A notificação pressupõe um inquérito civil ou um procedimento administrativo em curso, sendo inadmissível a sua utilização quando o membro do Ministério Público, por motivos outros, deseje falar com alguém”³⁶³. Com efeito, a necessidade de um procedimento administrativo preexistente ao exercício de tais poderes e prerrogativas garante a necessária transparência e o controle interno e externo, principalmente por parte dos envolvidos, evitando-se a ocorrência de abusos ou desvios de finalidade por parte do membro do Ministério Público. Cumpre recordar, sobre esse aspecto, que “a instituição do inquérito policial visava a impedir as antigas devassas que, até então, vinham sendo feitas de forma abusiva pelas autoridades policiais”³⁶⁴, não havendo razão para, sob a vigência da atual e democrática Constituição de 1988, permitir-se a realização de investigações secretas ou desprovidas de procedimento formal instaurado, seja por parte do Ministério Público ou de qualquer outra instituição.

Ressalvadas, porém, situações de urgência, em que o membro do Ministério Público poderá valer-se de tais poderes de modo a garantir determinada proteção ao bem jurídico tutelado, deve-se instaurar o respectivo procedimento assim que possível.

Além disso, na hipótese do exercício desses poderes com a finalidade de instrução de procedimento judicial já em curso, igualmente entendemos desnecessária a instauração de procedimento correlato na Promotoria de Justiça, embora isso seja preferível, sendo suficiente a referência ao número dos autos nos ofícios expedidos, por exemplo. É que, nesses casos, eventual insurgência ou questionamento por interessados poderá se dar no bojo do próprio procedimento judicial de origem.

³⁶³ Emerson Garcia, *Ministério Público*, p. 539.

³⁶⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 39.

Passemos, então, ao estudo dos procedimentos a cargo do Ministério Público, inegáveis instrumentos de realização de suas finalidades constitucionais e que auxiliam sobremaneira no atingimento das soluções autocompositivas.

2.4.2. Inquérito civil

Instituída a possibilidade de propositura da ação civil pública, faltava ao Ministério Público um instrumento de investigação e colheita de informações adequado, que viesse a subsidiar tais ações. Diante de tal necessidade³⁶⁵, e como a instituição estava moldada à atuação criminal, em um sistema em que as ações penais eram precedidas do inquérito policial – um procedimento administrativo presidido pela autoridade policial e que visa à colheita de elementos probatórios relacionados à autoria e materialidade de infrações penais –, em 1985 surgiu o inquérito civil, previsto nos arts. 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública³⁶⁶.

No entanto, a fim de se permitir um controle sobre as diligências a serem determinadas e considerando que era o Ministério Público o destinatário final de tais investigações, como titular da ação civil a ser ajuizada, o modelo de inquérito civil proposto pelo Ministério Público de São Paulo³⁶⁷ e posteriormente acolhido pela Lei 7.347/85 previa que o procedimento seria conduzido diretamente por um membro do Ministério Público e estaria sujeito a arquivamento internamente, isto é, no âmbito da própria instituição ministerial.

Isso não quis dizer que ao Ministério Público não estariam sujeitos outros procedimentos administrativos, inclusive investigatórias, e nem que haveria obrigatoriedade de instauração de inquérito civil, sempre que suscitado a tanto por um cidadão ou mesmo outro

³⁶⁵ A acanhada iniciativa do Ministério Público na área civil explicava-se, até antes da LACP, por uma série de razões, entre as quais, sem dúvida, estavam: (...) c) a falta de um instrumento formal de investigação preliminar que permitisse à instituição coligir elementos de convicção preparatórios para o ajuizamento da ação civil pública, nos moldes do que já existia na área penal (o inquérito policial)” (Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 41).

³⁶⁶ Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis (...).

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público (...).

³⁶⁷ Os promotores de Justiça Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior inicialmente apresentaram essa ideia no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme esclarecido na obra de sua autoria conjunta, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*.

órgão público. Na realidade, o inquérito civil corresponde ao “sistema de investigação ministerial mais disciplinado, metódico e sujeito a um saudável sistema de controle, seja por parte do Ministério Público, seja por parte da própria sociedade”³⁶⁸, mas não é único.

Com efeito, desde antes da Lei da Ação Civil Pública, ao Ministério Público já eram conferidas prerrogativas que o autorizavam a promover diligências, efetuar requisições e expedir notificações, conforme disposições da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público então vigente (LC 40/81). Atualmente, permanecem tais prerrogativas, conforme art. 129 da Constituição e disposições constantes na Lei 8.625/93 (a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Contudo, como decorrência da constitucionalização do direito processual, atualmente não se tem mais admitido a existência de investigações desprovidas de um procedimento, exigindo-se que as diligências a serem promovidas pelo Ministério Público sejam sempre formalizadas por meio de algum procedimento administrativo e publicizadas.

Trata-se de providência garantidora de transparência e acesso à informação por quaisquer dos envolvidos na investigação. Tanto assim que a própria Constituição, no art. 129, previu, dentre as funções institucionais do Ministério Público, “expedir notificações *nos procedimentos administrativos* de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (grifo nosso). Os demais procedimentos serão abordados em tópico próprio, restringindo-se o presente ao inquérito civil, que se refere ao mais completo e complexo procedimento ministerial.

Ao inquérito civil aplica-se o princípio da facultatividade, que também incide sobre os inquéritos policiais, quer dizer, não se trata de um pressuposto ao oferecimento da ação civil pública, em que se pese sua utilidade e a recomendação para que assim ocorra. No entanto, há situações em que a notícia encaminhada ao Ministério Público já pode estar suficientemente esclarecida ou, por razões outras, pode haver alguma urgência na situação concreta, casos em que, havendo elementos suficientes, já poderá o Ministério Público ajuizar a ação cabível. Como exemplo de tais situações, pode ser citado o encaminhamento à instituição de cópias de um procedimento criminal ou até processo judicial já instruído para providências no tocante à tutela coletiva. Além disso, eventuais peças de informação trazidas pelo Tribunal de Contas também já poderão ser suficientes à distribuição da ação cabível, ainda mais se houver risco de

³⁶⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 44.

eventual prescrição³⁶⁹. Nesses dois casos exemplificados, será possível a propositura da ação cabível de pronto, dispensando-se a instauração de inquérito civil, mas de modo que tal dispensa não possa qualificar a ação como temerária. A facultatividade do inquérito civil está inserida no art. 1º, parágrafo único, da Resolução 23/2007 do CNMP: “o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria”.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina majoritária indica que se trata de procedimento administrativo, de cunho eminentemente inquisitório³⁷⁰, sendo que “nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; nele não se decidem nem se impõem limitações, restrições ou perda de direitos (embora dele decorram alguns efeitos jurídicos indiretos e, excepcionalmente, até mesmo consequência jurídica direta para terceiros, que é o óbice à decadência)³⁷¹”.

No entanto, acompanhamos os entendimentos de José dos Santos Carvalho Filho³⁷², reconhecendo ao inquérito civil a natureza de processo administrativo (no sentido amplo, utilizado principalmente pela doutrina administrativista), muito embora não se possa dizer que tenha natureza de processo administrativo em sentido estrito, tal como o processo administrativo disciplinar. Dentre as acepções possíveis de “processo administrativo”, Maria Sylvania Zanella di Pietro aponta que, em sentido amplo, “designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo”³⁷³, sendo justamente essa a natureza que entendemos aplicável ao inquérito civil.

É que, segundo pensamos, o inquérito civil não está restrito à colheita de elementos de investigação, tal como o inquérito policial. Na realidade, sua amplitude é muito maior, servindo também como elemento de colheita de provas, mas tendo como finalidade

³⁶⁹ No Estado de São Paulo, o excesso de procedimentos e recursos submetidos ao Tribunal de Contas do Estado não raro vem demandando vários anos de processamento pelo órgão, até que finalmente o parecer sobre as contas de determinado exercício seja remetido à Promotoria de Justiça. Contudo, o prazo prescricional aplicável aos agentes públicos que detêm mandato ou vínculo precário é de apenas cinco anos, a contar do encerramento do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança. Na hipótese das entidades subvencionadas, será igualmente de cinco anos, mas com início ainda mais precoce: a contar da apresentação das contas finais à administração pública (art. 23, incisos I e III, da Lei 8.429/92).

³⁷⁰ Nesse sentido, conferir Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 66; Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 47; José Luiz Mônaco da Silva, *Inquérito civil*, p. 28; Paulo Márcio da Silva, *Inquérito civil*, p. 99; José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 128; Guilherme Fernandes Neto, *Inquérito civil e ação civil pública*, p. 10; Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 75; dentre outros.

³⁷¹ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 47.

³⁷² José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública*, p. 173.

³⁷³ Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 793.

precípua a formação da convicção do promotor de Justiça, o qual, ao final, tomará uma decisão sobre o objeto do inquérito civil. Nesse ponto, há uma sensível distinção entre as atribuições da autoridade policial e do membro do Ministério Público durante a presidência, respectivamente, do inquérito policial e do inquérito civil: o inquérito policial se limita à colheita de elementos de prova quanto à autoria e à materialidade de um delito, permitindo, ao final, que o titular da ação penal (que nunca será o próprio delegado de polícia) possa decidir pelo oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento. Já o inquérito civil será presidido pelo membro do Ministério Público, para que, ao final, ele mesmo possa decidir por: (i) tomada de compromisso de ajustamento de conduta; (ii) promoção de arquivamento; ou (iii) propositura de ação civil pública. Mediante os diversos instrumentos outorgados ao Ministério Público, a promoção do arquivamento poderá ter sido motivada por anteriores decisões adotadas pelo promotor de Justiça, visando à expedição de recomendação administrativa, realização de audiências públicas, dentre outros, o que permite a solução da controvérsia por mecanismos extrajudiciais, mas também contém algum conteúdo decisório.

Nesse aspecto, vislumbra-se outra diferença sensível, referente à perspectiva de atuação da autoridade policial em comparação com o promotor de Justiça. A autoridade policial se limitará, no inquérito policial, a coligir elementos de prova sobre o delito cometido, ou seja, estará sempre voltando seus olhos ao passado, buscando reconstituir os fatos já ocorridos. Já o promotor de Justiça, no inquérito civil, ainda que também mantendo os olhos no passado, concomitantemente buscará prevenir novas irregularidades presentes ou futuras, isso quando o objeto do inquérito civil não tiver apenas essa perspectiva presente ou futura, como é bastante comum no âmbito do direito ambiental, consumerista e urbanístico. Servirá, portanto, à prevenção e à adequação de posturas, o que se dará mediante atos decisórios por parte do membro do *Parquet*.

Nesse sentido, cabe lembrar que o inquérito civil possui fundamento constitucional (art. 129, inciso III), competindo exclusivamente ao Ministério Público sua instauração. Somente por esse dispositivo constitucional, portanto, percebe-se que não se trata de mero procedimento de colheita de provas, visto que a qualquer órgão da administração pública se permite, por exemplo, a instauração de sindicâncias, incluindo o próprio *Parquet*. Não fossem distintos, não haveria necessidade de previsão do inquérito civil, ainda mais em sede constitucional. Além disso, a Constituição conferiu ao Ministério Público *status* de instituição permanente e essencial à Justiça, atribuindo-se, assim, parcela de jurisdição ao

Parquet. Tanto que, nesse passo, também atribuiu à instituição ministerial garantias praticamente idênticas àquelas conferidas à magistratura, disso decorrendo o princípio da simetria de regimes jurídicos entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura³⁷⁴.

Como se defende no presente estudo,

visando conferir os meios para atingir os fins que lhe foram atribuídos, (o constituinte) dotou-o (o Ministério Público), com exclusividade, do poder de instaurar o inquérito civil (art. 129, III). Isso significa que o constituinte de 1988 outorgou parcela da jurisdição ao *Parquet*, para que este solucionasse conflitos de interesse mediante o uso dos instrumentos que lhe foram concedidos, hábeis à defesa da ordem jurídica justa, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

(...)

Nesse desiderato, resta evidente que o inquérito civil não se presta tão somente a investigar eventual ameaça ou lesão a interesses metaindividuais, mas, acima disso e antes de qualquer outra coisa, realizar a Justiça³⁷⁵.

Entretanto, isso não implica entender que haveria exigência de obrigatório contraditório no inquérito civil ou que sua dispensa configuraria hipótese de nulidade do procedimento³⁷⁶. Embora reconhecida a natureza jurídica de processo administrativo, não estamos diante de processos que possam implicar decisões impositivas de sanções aos

³⁷⁴ “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA. SIMETRIA CONSTITUCIONAL COM O MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 129, § 4º DA CONSTITUIÇÃO). RECONHECIMENTO DA EXTENSÃO DAS VANTAGENS PREVISTAS NO ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LC 73, de 1993, e LEI 8.625, de 1993). (...) II – A Constituição de 1988, em seu texto originário, constituiu-se no marco regulatório da mudança de nosso sistema jurídico para a adoção da simetria entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, obra complementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante a dicção normativa emprestada ao § 4º do art. 129. III – A determinação contida no art. 129, §4º, da Constituição, que estabelece a necessidade da simetria da carreira do Ministério Público com a carreira da Magistratura é autoaplicável, sendo necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa sempre que se verificar qualquer desequilíbrio entre as carreiras de Estado. Por coerência sistêmica, a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da magistratura e do Ministério Público se auto define e é autossuficiente, não necessitando de lei de hierarquia inferior para complementar o seu comando. IV – Não é possível admitir a configuração do esdrúxulo panorama segundo o qual, a despeito de serem regidos pela mesma Carta Fundamental e de terem disciplina constitucional idêntica, os membros da Magistratura e do Ministério Público brasileiros passaram a viver realidades bem diferentes, do ponto de vista de direitos e vantagens (...)” (CNJ, Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, Rel. José Adonis Callou de Araújo Sá, Rel. para acórdão Felipe Locke Cavalcanti, j. 17.08.2010).

³⁷⁵ Gustavo Milaré Almeida, *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*, p. 131-132.

³⁷⁶ Ao contrário, defendendo a obrigatoriedade de contraditório, Rogério Lauria Tucci afirmou que “não pode ser constituído e desenvolvido sem conhecimento e participação da pessoa física ou jurídica que deva, eventual e oportunamente, sofrer os efeitos da propositura da ação civil pública a que dirigido: inibe-o, por certo, não só o enfático enunciado do colacionado preceito constitucional, como do antecedente inc. LIX, que, regrido a inafastabilidade, em situações que tais, do devido processo legal, exige a paridade de armas entre os litigantes e, por via de consequência, o contraditório insito à ampla defesa do agente ao qual imputados o fato ou os fatos objeto da investigação prévia” (*Ação civil pública*, p. 368). Na mesma linha, Gustavo Milaré Almeida, *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*, pp. 130-137.

investigados, circunstância que levaria à necessidade de prévio contraditório obrigatório. O escopo é de instrução e resolução de irregularidades, de forma direcionada e autocompositiva, mas não punitivo.

Mas a ausência de contraditório, isto é, decretação de sigilo inclusive em face do investigado, somente estará autorizada se a publicidade puder acarretar prejuízo às investigações, conforme previsto no art. 7º da Resolução 23/2007 do CNMP. Sobre o assunto, apesar da omissão na Resolução 23/2007 do CNMP, adequada a disposição do art. 19, inciso IV, do Ato 484-CPJ do Ministério Público de São Paulo, ao indicar a obrigatoriedade, quando da instauração do inquérito civil, de “cientificação do representante e a afixação de cópia da portaria em local de costume e sua disponibilização no portal da Instituição, se não houver prejuízo para a investigação”.

Ademais, é preciso considerar que a instauração de inquérito civil leva a alguma conotação depreciativa ao investigado, tal como em relação aos investigados na área criminal, razão pela qual investigações descabidas necessitam ser prontamente arquivadas. Tal situação, aliás, nem sempre decorrerá de condutas eventualmente abusivas pelo membro do Ministério Público, o qual, em regra, está comprometido com seus deveres de isenção e imparcialidade, mas pode decorrer de representações abusivas, por meio da qual o representante, buscando atender a seus interesses particulares (normalmente políticos), pretende suscitar a intervenção ministerial como forma de, imediatamente, explorar a condição de investigado em veículos de imprensa e, mais recentemente, em mídias sociais³⁷⁷. Nesses casos, a experiência demonstra que o contraditório permitirá ao representado, já no início do procedimento investigatório, demonstrar a necessidade de seu arquivamento, poupando inclusive os recursos públicos que seriam eventualmente desperdiçados durante as diligências.

Com o novo CPC, a necessidade de prévia comunicação dos investigados ganhou força legal, não mais estando restrita ao âmbito das Resoluções e Atos internos de cada Ministério Público. Com efeito, diante da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à

³⁷⁷ Em nossa experiência à frente de Promotorias de Justiça no Estado de São Paulo, foi possível constatar a conduta de cidadãos que, abusivamente, protocolaram representações ao Ministério Público como forma de “ataque político” aos representados. Para tanto, nem mesmo aguardavam o despacho ministerial ou eventual instauração de procedimentos. Bastava a divulgação de fotografias na imprensa local estampando o momento em que o representante estava protocolando sua representação junto ao Ministério Público. Noticiada a representação, com algum clamor social, nem sempre se via o mesmo destino em relação a eventuais manifestações de indeferimento ou arquivamento por parte do Ministério Público, culminando com inegável depreciação pessoal das pessoas representadas – e que sequer figuraram como investigadas em alguns casos.

ação civil pública, tal como previsto no art. 19 da Lei 7.347/85³⁷⁸, deve incidir toda a principiologia voltada ao processo dialogal e à ampliação do contraditório também sobre os processos e procedimentos administrativos sujeitos ao CPC (art. 13 do CPC/2015), aqui se incluindo o inquérito civil. Por isso, atento inclusive aos arts. 3º, 6º, 9º e 10 do CPC, caberá ao promotor de Justiça – sempre que tais providências não causarem embaraços à apuração dos fatos – estimular o contraditório, a cooperação e a autocomposição entre todos os envolvidos, bem como evitar comportamentos que impliquem “surpresas” aos investigados. Por meio de tais diretrizes, busca-se, já no inquérito civil, a promoção da cultura da paz e do respeito aos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais figuram a Justiça e a promoção do bem de todos (art. 3º). Com o novo CPC trazendo valores do processo dialogal, o inquérito também precisa assim ser entendido. Não haverá nulidade, mas, em geral, as investigações devem contar com a estratégica participação do investigado.

Trata-se, ainda, de reflexo de uma das características do inquérito civil, que também decorre do direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição. Isto é, o inquérito civil é um importante instrumento de exercício da democracia e participação popular, pois em regra decorre das representações e notícias encaminhadas por cidadãos ao Ministério Público como exercício de cidadania. Conforme ressaltado por Geisa de Assis Rodrigues, “a participação da sociedade tem sido relevante na provocação dos inquéritos civis, sendo considerada uma verdadeira forma de participação política mais ampla, mesmo porque não é necessário o *status* de eleitor para que se possa deflagrar a investigação”³⁷⁹. Assim sendo, o contraditório, com ciência do representado ou investigado a respeito da investigação em curso, corresponde ao outro lado da moeda, em que se garante igualmente a esse cidadão, grupo de cidadãos ou entidade pública ou privada a participação democrática equivalente em defesa de seus interesses.

Correspondendo a instrumento de investigação poderoso, que exerce expressiva pressão sobre o investigado, o inquérito civil se mostra de extrema relevância não apenas para a instrução de eventuais medidas judiciais, mas também para promoção de soluções autocompositivas. De fato, será no curso do inquérito civil que o membro do Ministério Público

³⁷⁸ O novo Código de Processo Civil é a lei que rege o processo na jurisdição civil (art. 13 do CPC/2015). Nesse sentido, as leis que regulamentam as ações constitucionais preveem, igualmente, a aplicação subsidiária do CPC naquilo que não contrariar as disposições específicas contidas nas próprias leis esparsas (art. 24 da Lei 12.016/2009, que trata do mandado de segurança, art. 14 da Lei 13.300/2016, que trata do mandado de injunção, art. 22 da Lei 4.717/65, denominada Lei da Ação Popular, e art. 19 da Lei 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública).

³⁷⁹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 77.

poderá expedir recomendações administrativas, convocar reuniões, celebrar termos de ajustamento de conduta e promover audiências públicas, materializando eventuais negociações ou outros métodos de solução alternativa de conflitos aplicados na tutela dos interesses coletivos.

2.4.3. Demais procedimentos administrativos afeitos à investigação e adoção de diligências pelo Ministério Público

O CNMP recentemente atualizou o tratamento do assunto, por meio das Resoluções 174, de 4 de julho de 2017; 179, de 26 de julho de 2017; e 181, de 7 de agosto de 2017, permanecendo em vigor a Resolução 23, de 17 de setembro de 2007 (a qual versa sobre o inquérito civil).

A Resolução 174, fundamentada sobre os incisos III e VI do art. 129 da Constituição³⁸⁰, arts. 26, inciso I, e 27, parágrafo único, inciso III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público³⁸¹ e art. 7º, inciso I, da LC 75/93³⁸², uniformizou o tratamento normativo dado à Notícia de Fato e ao Procedimento Administrativo, espécies de procedimentos administrativos sujeitos ao Ministério Público.

De acordo com seu art. 1º, a Notícia de Fato foi definida como “qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações”. Mas, recebida no Ministério Público, a Notícia de Fato deverá ser registrada em sistema informatizado de controle e distribuída livre e aleatoriamente entre os órgãos ministeriais com atribuição para apreciá-la (art. 2º). Previu-se, ainda, que a notícia de Fato deverá ser apreciada pelo órgão de execução no prazo de 30 (trinta) dias a contar do seu

³⁸⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

³⁸¹ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...).

Art. 27. (...) Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas”.

³⁸² Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos.

recebimento, mas pode ser prorrogada, uma única vez e fundamentadamente, por até 90 (noventa) dias (art. 3º).

Trata-se, como se percebe, de um procedimento preliminar e bastante simples, registrado a partir da mera notícia de algum fato de interesse de apuração ministerial, seja na esfera cível individual ou coletiva ou criminal, muito embora a notícia de fato criminal tenha sido objeto de regulamentação por Resolução específica (Resolução 181, de 7 de agosto de 2017). Conforme inserido no art. 3º, parágrafo único, no bojo do procedimento registrado como Notícia de Fato, “o membro do Ministério Público poderá colher informações preliminares imprescindíveis para deliberar sobre a instauração do procedimento próprio, sendo vedada a expedição de requisições”.

Tais providências preliminares são necessárias para adequada verificação do fato apontado na notícia recebida, incluindo a verificação da existência prévia de procedimentos sobre o mesmo assunto, diligências preliminares para correta delimitação do objeto de futura investigação em procedimento específico e também intimação do próprio noticiante para eventual complementação de informações.

Já o Procedimento Administrativo corresponde, segundo a normativa do CNMP, ao instrumento próprio da atividade-fim destinado a: I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado; II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições; III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis; IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil (art. 8º da Resolução 174/2017).

Como se nota, o Procedimento Administrativo está previsto, basicamente, de modo residual ao inquérito civil (voltado para a tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos) e ao procedimento investigatório criminal. No mais, conforme disposto na Resolução 174/2017, deverá ter duração máxima de 1 ano, prorrogável por igual período (art. 12).

No Ministério Público do Estado de São Paulo, os procedimentos administrativos relacionados à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos

está regulamentada pelo Ato 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006³⁸³, anterior, portanto, às citadas Resoluções do CNMP. De acordo com o Ato paulista, o promotor de Justiça poderá, inicialmente, registrar a representação ou peça de informação, a depender do conteúdo da notícia recebida. A distinção entre a representação e a peça de informação foi elucidada na fundamentação da Súmula 63 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

“Peça de informação é instrumento distinto da representação civil cujo teor veicule informações sobre fatos que possam constituir objeto de ação civil pública (art. 6º e 7º, LACP). Assim como a representação civil, constitui meio de provocação do Ministério Público. A peça de informação, diferentemente da representação, não é criada pelo comunicante especificamente para fins de veiculação da notícia ao Ministério Público. As peças de informação poderão caracterizar-se por: (a) encaminhamento, por qualquer pessoa, de peças documentais cujo teor informativo evidencie ocorrência de fatos que possam ensejar propositura de ACP (art. 6º, LACP), desde que se façam acompanhadas (ou contenham) início de prova (art. 23, § 4º, Ato 484/06); (b) encaminhamento, por servidor público, de peças documentais cujo teor informativo evidencie ocorrência de fatos que possam ensejar propositura de ACP (art. 6º, LACP e art. 23, § 4º, ato 484/06); (c) remessa de peças, por juízes e tribunais, quando, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública (art. 7º, LACP)”.

Como peças de informação, portanto, podem ser entendidas aquelas informações remetidas pelo Tribunal de Contas, Poder Judiciário, Poder Legislativo e pelo próprio Ministério Público, sem que haja pedido de alguma providência ministerial específica, o que caracterizaria a notícia como representação.

Recebida a representação ou peça de informação pelo membro do Ministério Público, surgem as seguintes possibilidades: a) realização de diligências preliminares ou requisição de complementação de informações ao representante; b) instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório de inquérito civil; c) propositura de ação civil pública; ou d) indeferimento, no caso de representação, ou promoção de arquivamento, na hipótese de peças de informação. Registrada a representação, deverá ser concretizada em até 30 dias, seguindo-se um dos caminhos acima apontados.

Já o Procedimento Preparatório de Inquérito Civil está previsto no art. 2º, §4º, da Resolução 23/2007 do CNMP, no art. 23, §2º, do Ato 484-CPJ/2006 do MPSP, e art. 106, §1º, da LC Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), tendo

³⁸³ Art. 1º. Este ato normativo disciplina o inquérito civil e os demais meios de investigação da competência do Ministério Público, na área dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta e as recomendações.

por objetivo permitir ao promotor de Justiça delimitar com maior precisão o fato narrado e/ou indícios de autoria apontados na representação e que, eventualmente, serão, na sequência, investigados no bojo de um inquérito civil. Nos termos do art. 2º, §4º, da Resolução 23/2007 do CNMP, poderá ser instaurado para que se apurem elementos de identificação dos investigados ou do objeto. Seu prazo será de até 90 dias, conforme previsto na Resolução 23/2007 do CNMP. Ou, no caso do Ministério Público de São Paulo, de até 30 dias, prorrogáveis por mais 30, de acordo com o Ato 484-CPJ/2006.

Nesse ponto, é relevante mencionar que, de acordo com o art. 4º do Ato 484-CPJ/2006, o compromisso de ajustamento de conduta somente poderá ser tomado no curso de procedimento preparatório de inquérito civil ou inquérito civil. Já a Resolução 23/2007 do CNMP prevê que, “nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas”. Cuida-se de determinações adequadas aos princípios constitucionais que regem o direito administrativo e a tutela dos interesses difusos e coletivos, garantindo-se a observância dos procedimentos previstos para o método mais completo e adequado de investigação ministerial. Não se olvide que, de acordo com o mesmo Ato 484, no seu art. 121, permite-se até mesmo a interposição de recurso ao Conselho Superior do Ministério Público, contra a portaria inaugural do inquérito civil (meio de impugnação não previsto no tocante aos demais procedimentos administrativos presididos pelos promotores de Justiça).

2.4.4. Controle de arquivamento, necessidade de motivação dos atos determinados e sua publicidade

Como se vê, atualmente, estão disponíveis ao Ministério Público instrumentos aptos a permitir que toda e qualquer diligência ou investigação seja formalizada por meio de procedimento administrativo regulamentado, seja pela legislação ordinária federal ou estadual e/ou por meio de normas internas (aqui incluídas as Resoluções do CNMP e os atos normativos de cada Ministério Público). Do ponto de vista do direito administrativo, entendemos que o adequado seria que toda e qualquer representação, peça de informação ou notícia de fato encaminhada ao Ministério Público fosse objeto de protocolo e respectivo registro, garantindo-se a formalização de procedimentos a toda e qualquer reivindicação da sociedade perante a instituição. Com a regulamentação trazida principalmente por meio da Resolução 174/2017 do CNMP, parece ser essa a solução atualmente prevista, visto que, residualmente, há a possibilidade de registro de Notícia de Fato ou Procedimento Administrativo, seja qual for o

assunto envolvido ou sua esfera de repercussão. No passado, eram comuns os denominados “protocolados” no âmbito do Ministério Público de São Paulo, os quais transitavam pelas promotorias de Justiça sem o devido registro unificado ou comunicação aos órgãos superiores, o que entendíamos não ser plenamente adequado aos princípios estampados no art. 37 da Constituição, notadamente da legalidade e eficiência. Nesse aspecto, a Resolução 174/2017 ainda inova ao deixar claro que o Procedimento Administrativo deverá ser instaurado mediante portaria, com delimitação de seu objeto e aplicando-se o mesmo regime de publicidade de atos previstos para o inquérito civil.

Além de tais formas de controle sobre os atos e investigações ministeriais, é certo que os eventuais arquivamentos de procedimentos investigatórios ou indeferimentos de representação estão sujeitos a um sistema de duplo controle, mediante interposição de recurso pela parte interessada e/ou remessa de ofício ao Conselho Superior ou Câmaras de Coordenação e Revisão. Dessa forma, as promoções de arquivamento ou de indeferimento deverão sempre ser motivadas, permitindo-se ao interessado, à sociedade e ao órgão da administração superior *ad quem* democraticamente controlar a atuação funcional dos membros do Ministério Público.

Com efeito, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, se identificada uma hipótese de intervenção ministerial, caberá ao promotor de Justiça adotar as providências necessárias, instaurando os procedimentos necessários, adotando diligências e outras medidas administrativas e/ou propondo as ações cabíveis. Todavia, segundo disposto no art. 9º da Lei da Ação Civil Pública, “se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, convencer-se da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o *fundamentadamente*” (grifo nosso).

No art. 4º da Resolução 174/2017, temos as hipóteses de arquivamento da notícia de fato, as quais, todavia, são aplicáveis a qualquer procedimento investigatório relacionado à tutela de direitos difusos e coletivos. Em síntese, estará justificada a promoção de arquivamento dos procedimentos administrativos ou indeferimento de representação quando:

I – o fato narrado não configurar lesão ou ameaça de lesão aos interesses ou direitos tutelados pelo Ministério Público;

II – o fato narrado já tiver sido objeto de investigação ou de ação judicial ou já se encontrar solucionado;

III – a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos de jurisprudência consolidada ou orientação do Conselho Superior ou de Câmara de Coordenação e Revisão;

IV – for desprovida de elementos de prova ou de informação mínimos para o início de uma apuração, e o noticiante não atender à intimação para complementá-la;

V – for incompreensível.

A se permitir o controle sobre o arquivamento do inquérito civil, a Lei da Ação Civil Pública introduziu a remessa necessária como técnica de controle *ex officio*, determinando que, com o arquivamento, os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. Ainda, durante o período entre o arquivamento e a sessão do Conselho Superior do Ministério Público para deliberação do arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

Ademais, o Ato 484-CPJ/2006 do MPSP estipulou a possibilidade de recurso contra a decisão que indeferir a representação para instauração de inquérito civil, cujo prazo de 10 (dez) dias tem início com a juntada aos autos do inquérito civil do comprovante de comunicação do representante sobre o indeferimento.

A partir da orientação da Lei 7.347/85, o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo firmou o entendimento de que, independentemente de notificação do interessado, a promoção de arquivamento de todo procedimento administrativo ou representação deverá ser encaminhada ao Conselho Superior sempre que o procedimento contiver “peças de informação” envolvendo possível lesão a interesses ou direitos coletivos. É que “a peça de informação pode ser fornecida pelo representante ou, ainda, obtida pelo Promotor de Justiça ao adotar providências preliminares ao receber uma representação”³⁸⁴. Porém, não será qualquer documento que acompanhe a representação que se caracterizará como “peça de informação”, mas “somente aquelas que, ainda que estivessem desacompanhadas de

³⁸⁴ “Manual de orientação sobre os possíveis trâmites dos procedimentos na área de interesses difusos e coletivos”, p. 5. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/Normas_Procedimentais/Cartilha%20-%20Fluxo%20procedimentos%20difusos%20-%20CSMP%20e%20CAO%20C%C3%8DVEL.pdf. Acesso em 16/10/2017.

uma representação civil, teriam teor informativo suficiente a noticiar fatos que possam ensejar a propositura de ação civil pública”³⁸⁵.

Nesses casos, se não for instaurado procedimento investigatório ou proposta ação civil pública, serão necessárias duas providências: notificação do representante para ciência do arquivamento/indeferimento e início do prazo para eventual recurso e, mesmo se não houver recurso, remessa dos autos ao Conselho Superior para deliberação acerca da promoção de arquivamento. Segundo a fundamentação da Súmula 12 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo,

a Lei nº 7.347/85 confere ao CSMP a revisão necessária de qualquer arquivamento de inquérito civil ou de peças de informação que impeçam a propositura de ação civil pública a cargo do órgão do Ministério Público (Pt. n.º 33.582/93; art. 9º e § 1º da Lei n.º 7.347/85). No caso de representações acompanhadas de peças de informação, seu indeferimento estará sujeito à homologação do Conselho Superior, ainda que não interposto recurso da decisão, devendo-se iniciar a contagem do tríduo, nesse caso, após transcorrido o prazo recursal, devidamente certificado nos autos.

No entanto, nos casos em que os procedimentos não tratam de possíveis violações a direitos e interesses transindividuais, será desnecessária a remessa do arquivamento ao órgão de controle. De acordo com a Resolução 174/2017, o arquivamento de procedimentos administrativos instaurados para acompanhamento da execução de termos de ajustamento de conduta, acompanhamento e fiscalização de políticas públicas ou embasamento de atividades não sujeitas ao inquérito civil deverá ser comunicado ao Conselho Superior da instituição ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, conforme o caso, embora sem a necessidade de remessa necessária dos autos nesses casos para homologação do arquivamento.

Além disso, não há previsão de remessa obrigatória nos casos em que o procedimento administrativo tenha como objeto direitos individuais indisponíveis. Exige-se, em tais hipóteses, apenas que haja comunicação ao interessado sobre o arquivamento, o qual poderá interpor recurso no prazo de 3 (três) dias.

Essas soluções já vinham sendo adotadas pelo Ministério Público de São Paulo, conforme se verifica das Súmulas 38, 43, 54, 57 e 79 do seu Conselho Superior³⁸⁶, firmando-

³⁸⁵ Súmula 63 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

³⁸⁶ Súmula 38: Não há necessidade de homologação pelo Conselho Superior dos procedimentos ou peças quando neles não houver notícia de lesão ou risco concreto de lesão a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

se o entendimento de que a competência do Conselho Superior para apreciar promoção de arquivamento de inquéritos civis limita-se aos casos em que haja, em tese, lesão a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No tocante à publicidade, como regra, os procedimentos em trâmite perante o Ministério Público serão públicos, aplicando-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos. Somente nas hipóteses de sigilo legalmente determinado ou em que a publicidade regular puder acarretar prejuízos à investigação, é que a publicidade dos atos investigatórios poderá ser restringida, mediante decisão motivada do membro do Ministério Público.

Conforme disposto na Resolução 23/2007 do CNMP, a publicidade consistirá: (i) no fornecimento de certidões e extração de cópia de documentos aos interessados; (ii) publicação de extratos na imprensa oficial; (iii) divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos de portarias e extratos dos atos de conclusão; (iv) prestação de informações ao público em geral; e (v) concessão de vistas do procedimento ao interessado, mediante prévio requerimento (art. 7º).

No âmbito estadual paulista, o Ato 484-CPJ-2006 prevê a divulgação de extratos, mediante publicação na imprensa oficial e, facultativamente, em meios cibernéticos e eletrônicos, das portarias de instauração com indicação do objeto da investigação, sua necessidade e dos interessados.

Com o intuito de permitir que as associações, demais interessados e colegitimados possam influir no julgamento de revisão das promoções de arquivamento de inquérito civil ou dos demais procedimentos administrativos envolvendo a tutela de direitos transindividuais, nos termos do art. 9, §2º, da Lei da Ação Civil Pública, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, previamente às sessões de julgamento, promove a publicação da promoção de arquivamento, indicando expressamente a possibilidade de

Súmula 43: Não há necessidade de remessa ao Conselho Superior do Ministério Público de promoções de arquivamento lançadas em procedimentos que tratem de matéria eleitoral, enquanto não sobrevier lei que preveja a possibilidade de revisão dos arquivamentos realizados.

Súmula 54: Não há necessidade de homologação pelo Conselho Superior do arquivamento de procedimentos de caráter não investigatório instaurados para a fiscalização rotineira e periódica de contas prestadas por entidades fundacionais, quando inexistente denúncia, notícia ou suspeita da existência de qualquer irregularidade a ser objeto de apuração por meio de inquérito civil ou de seu procedimento preparatório.

Súmula 57: É desnecessária a homologação, por este Conselho Superior, dos arquivamentos dos PAF – Procedimentos Administrativos de Fiscalização e dos PAA – Procedimentos Administrativos de Acompanhamento, instituídos por força do Ato Normativo nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP, de 15 de outubro de 2015.

Súmula 79: Não se conhece de promoção de arquivamento que tenha por objetivo apenas informar o cumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado pelo Ministério Público e já homologado pelo Conselho.

intervenção das associações e entidades interessadas e, posteriormente, da data da sessão de julgamento.

Ao tratar da tomada dos compromissos de ajustamento de conduta, a Resolução 179/2017 tratou também de sua revisão, homologação e publicidade. Ali está determinado que o órgão superior responsável pela revisão das promoções de arquivamento deverá dar publicidade ao extrato do compromisso de conduta em diário oficial, próprio ou não, no site da instituição ou por qualquer outro meio eficiente e acessível, no prazo máximo de 15 (quinze) dias. A instituição também deverá disponibilizar acesso ao interior teor do termo de ajustamento de conduta ou indicar o banco de dados público em que possa ser acessado.

Por fim, caberá ao citado órgão encaminhar ao CNMP cópia eletrônica do inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta firmado para alimentação do Portal de Direitos Coletivos, atendendo-se à Resolução conjunta CNJ/CNMP 2, de 21 de junho de 2011, a qual institui cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta.

Como se vê, após implementadas as medidas de publicidade determinadas na Resolução 179/2017 do CNMP, qualquer termo de ajustamento de conduta será facilmente acessado por qualquer cidadão por meio da rede mundial de computadores. Sem dúvida alguma, a eficácia e a fiscalização dos termos firmados serão exponencialmente ampliadas a terceiros interessados.

Em síntese, eram essas as considerações que gostaríamos de apresentar a respeito dos procedimentos a cargo do Ministério Público na tutela dos direitos transindividuais, os quais gozam de ampla publicidade e do dever de remessa necessária das promoções de arquivamento, garantindo o controle permanente da atividade funcional dos promotores de Justiça afeitos a tal área de atuação. Trata-se de um sistema pensado de modo a se permitir a maior transparência e eficiência possíveis, ainda que de modo imperfeito e sujeito a constantes aprimoramentos, o qual garante, com suficiência de instrumentos, a participação e a intervenção popular, notadamente daqueles sujeitos ao interesse ou ao direito coletivo tutelado.

2.4.5. A existência do “duplo grau ministerial”: possibilidade de interposição de recursos no inquérito civil

Fator importante de legitimidade da jurisdição estatal decorre do chamado *princípio do duplo grau de jurisdição*, que a doutrina menciona estar ligado à possibilidade de reexame das decisões judiciais por outro órgão da jurisdição.

No Brasil, muitos processualistas³⁸⁷ entendem que, apesar do duplo grau de jurisdição não ter sido elencado expressamente como garantia fundamental pela Constituição de 1988, a sua natureza constitucional adviria da estrutura do Poder Judiciário ali mencionada, prevendo-se tribunais de segunda instância e diversos tribunais superiores, todos competentes para o julgamento de determinados recursos, alguns dos quais previstos na própria carta constitucional, como os recursos extraordinário, especial e ordinário. Ademais, no artigo 5º, LV, há expressa menção aos recursos como elementos do devido processo legal, razão pela qual seria possível também se vislumbrar, nesse dispositivo, o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Outro argumento, nesse sentido, refere-se à previsão do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, determinando que haja possibilidade de, no processo penal, o réu recorrer das decisões para outro órgão jurisdicional³⁸⁸.

Identificando as funções do duplo grau de jurisdição e dos recursos, notadamente como meio de controle das decisões judiciais, Nelson Nery Jr. concluiu que o princípio do duplo grau de jurisdição seria uma “garantia fundamental de boa justiça”³⁸⁹. Ainda segundo esse autor, o princípio do duplo grau de jurisdição seria exigência do *due process of law*; com relação à inexistência de duplo grau de jurisdição nas causas de competência originária do STF, afirma que se trataria de exceção que “só vem confirmar a regra”³⁹⁰. Portanto, o duplo grau de jurisdição corresponderia a um princípio constitucional, mas que não é ilimitado, havendo hipóteses em que pode ser restringido.

Analisando-se o sistema infraconstitucional atualmente vigente – que prevê recursos contra praticamente todas as decisões proferidas no processo civil e criminal –, o duplo

³⁸⁷ Ver Nelson Nery Jr., *Teoria geral dos recursos*; Cândido Dinamarco, *Instituições*, v. I, Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos*.

³⁸⁸ “Toda pessoa terá direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

³⁸⁹ Nelson Nery Jr, *Teoria geral dos recursos*, p. 39.

³⁹⁰ Op. Cit., pp. 37-48.

grau de jurisdição corresponde a um importante princípio no direito processual, orientando o legislador e o aplicador do direito a, em regra, permitir a recorribilidade das decisões judiciais.

Nesse contexto, verificamos que a legitimidade do Ministério Público para possíveis acordos e transações no âmbito da tutela coletiva também decorre da obrigatoriedade da existência do duplo grau ministerial, o qual também pode ser visto como um princípio aplicável aos procedimentos afeitos ao *Parquet*. Esse duplo grau decorre do reexame necessário dos compromissos de ajustamento de conduta e das promoções de arquivamento de inquéritos civis, os quais obrigatoriamente devem ser remetidos pelo membro do Ministério Público ao Conselho Superior ou à respectiva Câmara de Coordenação e Revisão para eventual homologação.

Da mesma forma, ainda há a previsão de interposição de recursos dirigidos a tais órgãos de controle, confirmando se tratar realmente de um princípio que legitima o Ministério Público à promoção de soluções consensuais com maior amplitude no seu objeto, quando comparado aos demais colegitimados. Os quais não são possuidores de um procedimento formal e de igual transparência, regulamentados pela legislação federal e passíveis de disciplina por um órgão de controle com poder de expedir atos de natureza normativa primária³⁹¹.

Na Lei Complementar estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo) há disposições prevendo a interposição de recursos ao Conselho Superior do Ministério Público, em duas situações: (i) contra o indeferimento de representação, no prazo de 10 dias (art. 107, §1º); e (ii) contra a instauração de inquérito civil, no prazo de 5 dias a contar da ciência do impugnado (art. 108). A par da duvidosa constitucionalidade de tais dispositivos, na medida em que há competência privativa da União para legislar a respeito de direito processual³⁹², advogamos por sua utilidade³⁹³ e fator de legitimidade aos procedimentos ministeriais, já incorporados ao cotidiano do *Parquet* paulista, que inclusive regulamentou tais recursos por meio do Ato 484-CPJ, de 2006.

³⁹¹ No caso, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 12.

³⁹² A ADI 1.285, impetrada pelo Procurador-Geral da República em 19 de maio de 1995 contra diversos dispositivos da LC paulista 734/93, inclusive o art. 108, teve a liminar negada pelo Supremo Federal neste ponto, sob fundamento de que ali versa sobre procedimento, e não a respeito de processo. Até o momento, porém, não foi julgada no tocante ao mérito. Informações disponíveis em [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1615785>]. Acesso em 08/01/2018.

³⁹³ Também agora reconhecida por Ricardo de Barros Leonel, ao rever anterior posicionamento frente aos arts. 107 e 108 da LC 734/93 (*Manual do processo coletivo*, pp. 432-433).

A partir do exemplo em São Paulo, a Resolução CNMP 23/2007, no seu art. 5º, também previu a possibilidade de interposição de recursos contra a decisão de indeferimento de representações, no idêntico prazo de 10 dias, agora estendendo tais meios de impugnação a todas as unidades ministeriais do país³⁹⁴. Interposto o recurso, que deve estar acompanhado de razões, perante o órgão ministerial prolator da decisão impugnada, este último deverá providenciar sua remessa ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, para apreciação, no prazo de 3 dias. Nesse período, poderá haver juízo de reconsideração, quando o recurso ficará prejudicado. Interessante que, indo além da LC paulista 734/93, a Resolução do CNMP ainda prevê que, do recurso, deverão ser notificados os interessados, para, querendo, oferecerem contrarrazões.

Diante de tais mecanismos de duplo controle, percebe-se que as soluções adotadas pelo Ministério Público gozam de independência e isenção similares às decisões judiciais, bem como de meios de impugnação que permitem aos colegitimados e até mesmo a qualquer cidadão oferecer razões pela rejeição de promoções de arquivamento ou termos de ajustamento de conduta firmados pelos promotores de Justiça com atribuições locais.

Sobre o tema, poderia haver efetiva melhora do sistema caso fosse instituído um recurso administrativo típico, a ser interposto não apenas contra a instauração de portarias inaugurais de determinados procedimentos, mas também contra as manifestações com conteúdo decisório proferidas ao longo dos inquéritos civis e demais procedimentos ministeriais assemelhados. Assim prevê o art. 51, §1º, do PL 5.139/2009, ao determinar que o inquérito civil deve contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

2.4.6. Audiências públicas

As audiências públicas consistem em relevante instrumento de participação popular e obtenção, pelo Ministério Público, de subsídios para sua atuação em defesa dos direitos transindividuais, permitindo que seus integrantes possam tomar contato direto com as pessoas mais diretamente envolvidas e interessadas na solução de determinadas controvérsias coletivas, reforçando a legitimidade do *Parquet* e das medidas adotadas pela instituição. Como definido por Hugo Mazzilli, corresponde a

³⁹⁴ De acordo com o art. 16 da Resolução 23/2007, no prazo de 90 dias da sua vigência, cada unidade do Ministério Público brasileiro deveria adequar seus respectivos atos normativos, nos termos do quanto ali disciplinado.

um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais³⁹⁵.

No plano legislativo, a audiência pública já estava prevista na Resolução 1/1986 e disciplinada pela Resolução 9/1987 do CONAMA, ao tratarem dos procedimentos de licenciamento ambiental. Segundo a Resolução 9/1987, a audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu relatório de impacto ambiental (RIMA). Posteriormente, a própria Constituição de 1988 mencionou a possibilidade de as comissões parlamentares realizarem-nas, com a participação da sociedade civil (art. 58, §2º, inciso II), até que, nos anos que se sucederam, também a Lei 8.623/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) trouxe disposições prevendo a possibilidade de convocação de audiência pública pelos membros da instituição, mas sem regulamentar seu procedimento (art. 27, parágrafo único, inciso IV).

Dessa forma, em fevereiro de 2012, foi editada a Resolução 82 pelo CNMP, disciplinando as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Segundo ali foi definido, após alterações promovidas pela Resolução 159/2017, as audiências públicas poderão ser promovidas pelos órgãos do *Parquet* para: (i) auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade, (ii) identificar demandas sociais que exijam a instauração de procedimento, (iii) elaborar e executar Planos de Ação e Projetos Estratégicos Institucionais ou (iv) prestar contas de atividades desenvolvidas (art. 1º). Como se nota, atribuí amplos objetos às audiências públicas ministeriais, de modo que a participação popular pode se dar não apenas como forma de contribuição informativa nos procedimentos investigatórios, mas também com a finalidade de auxiliar na definição dos rumos da própria instituição.

No tocante ao seu procedimento, as audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses transindividuais. Tais reuniões deverão ser precedidas da expedição de edital de convocação, a ser publicado de modo amplo (em diário oficial e canais diversos de comunicação), disciplinando o cadastramento dos expositores e a forma de participação dos presentes (arts. 1º, §1º, 2º e 3º). Ao final, deverá ser elaborada ata, a

³⁹⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 346.

ser encaminhada ao Procurador-Geral de Justiça e igualmente publicada em meios diversos (art. 4º).

Mas apesar de tais normas, não se pode esquecer que, como bem descrito por Geisa de Assis Rodrigues, “o que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside (...). Ao mesmo tempo em que se informa o teor e as implicações da medida administrativa analisada, consulta-se a opinião sobre o assunto”³⁹⁶.

Encerrados os atos relacionados à audiência pública, a partir das informações coletadas, deverá o membro do Ministério Público produzir um relatório, no qual indicará quais as providências a serem tomadas, dentre as quais aquelas indicadas no art. 6º da Resolução 82/2012: arquivamento das investigações, celebração de termo de ajustamento de conduta, expedição de recomendações, instauração de procedimentos ou ajuizamento de ação civil pública.

Evidentemente, as deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas na audiência pública ou em decorrência dela terão caráter consultivo e não-vinculante à atuação do Ministério Público (art. 7º). Todavia, trata-se de relevantíssimo instrumento de participação popular, transparência e publicidade dos procedimentos afeitos ao *Parquet*, cuja promoção pode corroborar sensivelmente para atribuir legitimidade às possíveis soluções consensuadas que vierem a ser adotadas.

Outrossim, além de suas próprias audiências públicas, o Ministério Público também poderá participar de audiências promovidas por outros órgãos públicos, desde que o tema a ser debatido seja relevante sob o aspecto das atribuições da instituição.

2.5. Os instrumentos afeitos ao Ministério Público que permitem a concretização das soluções consensuais dos conflitos coletivos

2.5.1. Compromisso de ajustamento de conduta

No capítulo anterior, tratamos da origem e da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, assim como dos fundamentos pelos quais concluímos se tratar de um negócio jurídico bilateral e que por vezes consubstanciará verdadeira transação entre os

³⁹⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 83.

envolvidos, na medida em que prevenirá ou encerrará uma ação civil pública. Além disso, constitui título executivo extrajudicial, por expressa disposição do art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, reiterada pelo art. 784 do novo CPC³⁹⁷.

Adotando as recentes tendências doutrinárias a respeito do tema, o PL 5.139/2009, que buscava atribuir nova disciplina à ação civil pública, adotou a premissa de que o TAC terá “natureza jurídica de transação” e poderá inclusive versar sobre direitos coletivos indisponíveis (com o reconhecimento, portanto, de que nem todos os direitos coletivos são indisponíveis, como defendido neste trabalho), hipótese na qual se disporá somente sobre o prazo ou o modo de cumprimento das obrigações (art. 49). No entanto, embora decorrente do denominado “II Pacto Republicano de Estado” e fruto de uma comissão especial, o PL 5.139/2009 foi arquivado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 17 de março de 2010³⁹⁸.

Assim, foi somente em 26 de julho de 2017, quando editada a Resolução 179 pelo CNMP, que finalmente se positivou uma conceituação do compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público como “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais” (art. 1º, *caput*).

Ainda sobre sua conceituação, verifica-se que houve resistência terminológica quanto ao uso da expressão *transação* para definição do compromisso de ajustamento de conduta. Porém, no §1º do art. 1º, a citada Resolução dispõe que o Ministério Público não pode “fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”, mas pode negociar sobre a “interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, o tempo e o lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados”.

Portanto, na linha do que defendemos com o presente estudo, a Resolução 179/2017 do CNMP atribuiu ao TAC a natureza jurídica de transação. Evidente que não se trata

³⁹⁷ Sobre o conceito e natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, vide item 1.5.1.

³⁹⁸ No dia 24 de março daquele ano, houve recurso do Dep. Antonio Carlos Biscaia dirigido ao plenário, o qual continua aguardando apreciação. Informações disponíveis em [<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>]. Acesso em 08/01/2018.

de conferir aos legitimados, mesmo ao Ministério Público, a possibilidade de total disposição ou renúncia irresponsável dos direitos transindividuais. Todavia, permite-se a negociação fundamentada, atendendo-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive para adequada aplicação do Direito ao caso concreto (“interpretação do direito para o caso concreto” e acertamento quanto à “mitigação, compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados”), ou seja, por meio desse instrumento, é possível concretizar atividade jurídica muito semelhante, senão idêntica, àquela que seria buscada através do Poder Judiciário no processo de conhecimento.

Com efeito, constituindo título executivo extrajudicial, com a possibilidade de sua homologação em juízo, os compromissos de ajustamento de conduta permitem às partes alcançar, com celeridade, a mesma solução que, após anos e anos de contenda judicial, chegariam igualmente através de uma sentença judicial, também um título executivo. Mas, para que efetivamente constitua um instrumento alternativo à via jurisdicional, é importante que se confira ao Ministério Público a possibilidade de transacionar com os agentes responsáveis pelos danos ou pelas ameaças de danos aos interesses coletivos, pois nem sempre será suficiente a mera tratativa a respeito de prazos ou modo de execução das obrigações legais.

É que, evidentemente, muitas vezes a própria legislação não se mostrará clara o suficiente a ensejar sua imediata execução. Não raro, a interpretação das normas aplicáveis demandará fundamentação de alguma complexidade, o que entendemos ser plenamente possível de se definir no âmbito do termo de ajustamento de conduta. Como visto nos tópicos acima, o Ministério Pública goza de ampla legitimidade e independência para zelar pelos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, não havendo, nesse sentido, razões que justifiquem se afirmar que somente o Judiciário deteria competência para dizer qual a norma aplicável ao caso concreto, assunto também tratado no item 1.5.2., quando a respeito da concretização e da criação do direito por parte dos intérpretes.

O compromisso de ajustamento de conduta, desse modo, consiste no principal instrumento à disposição do Ministério Público para formalização das soluções consensuadas no âmbito da tutela coletiva, visto que permite à instituição, diante do caso concreto, adotar uma solução célere e efetiva para a proteção dos direitos transindividuais controvertidos. Tanto assim, que se admite a tomada do compromisso de ajustamento de conduta preliminar, isto é, ainda no início das investigações ministeriais, como medida de conveniência e urgência para proteção do interesse coletivo tutelado. As obrigações previstas nesse compromisso preliminar

poderão ser provisórias e parciais, hipótese em que a investigação deverá prosseguir até a solução completa e definitiva (art. 2º da Resolução 179/2017 do CNMP).

2.5.1.1. Legitimidade

O rol de legitimados para intentar ação civil pública encontra-se no art. 5º, *caput*, da Lei 7.347/85. No §6º do mesmo dispositivo, foi também tratada a legitimação para tomada de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, por parte dos *órgãos públicos legitimados*. Nesse contexto normativo, interpretando-se o §6º em conjunto com o *caput* do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, conclui-se que a ideia do legislador foi autorizar que todos os órgãos de natureza pública legitimados ao ajuizamento de ações civis públicas também possam tomar compromissos de ajustamento de conduta.

E considerando o rol inserido no *caput*, é correto dizer que não apenas os órgãos públicos com personalidade jurídica própria serão legitimados para tomar compromisso de ajustamento de conduta, mas também os órgãos públicos que tenham ao menos personalidade judiciária, bem como os entes públicos ali mencionados³⁹⁹. Portanto, por órgãos públicos legitimados a celebrar compromissos de ajustamento de conduta, deve-se atribuir conceituação mais ampla que aquela normalmente concebida pelo direito administrativo, que entende por órgão público um centro de atribuições administrativas, sem personalidade jurídica⁴⁰⁰. Assim, serão legitimados para firmar compromisso de ajustamento de conduta os entes públicos legitimados⁴⁰¹ (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), o Ministério Público, a Defensoria Pública e também alguns órgãos públicos sem personalidade jurídica, sendo exemplos aqueles relacionados com a defesa do meio ambiente e os direitos do consumidor (e.g., Ibama e Procon)⁴⁰².

Nesse cenário, a legitimidade do Ministério Público decorre de sua função institucional, conforme previsto na Constituição de 1988. De acordo com o art. 127, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Sendo assim, é natural que ao *Parquet* tenha sido reservada

³⁹⁹ Nesse sentido, conferir Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público*, p. 237; Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 178; Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 141, dentre outros.

⁴⁰⁰ Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, pp. 671-674.

⁴⁰¹ Susana Henriques da Costa, *Comentários*, p. 426.

⁴⁰² Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 91.

legitimidade para tutela de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não sendo necessária a demonstração de pertinência temática a justificar sua atuação. Nessa linha, conforme vem se demonstrando, o Ministério Público goza de condições próprias e distintas dos demais colegitimados, o que capacita a instituição para efetivamente transacionar a respeito dos direitos transindividuais, desde que respeite os parâmetros normativos existentes, com a devida fundamentação, e adote o devido procedimento administrativo, com a publicidade que lhe é inerente.

Evidente é que “o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. (...) A legitimação dos órgãos do poder público é meramente subsidiária”⁴⁰³. Porém, no sistema brasileiro, o Ministério Público, sem dúvida alguma, “atua no processo coletivo com certa vantagem sobre qualquer outro legitimado; vide, por exemplo, a possibilidade de abertura de Inquérito Civil”⁴⁰⁴. Além disso, é o único legitimado “que, em qualquer hipótese, tem legitimidade, como que possuidor de uma preferência”⁴⁰⁵.

Com relação ao compromisso de ajustamento de conduta, esse protagonismo ainda se intensifica, visto que as associações não têm legitimidade para firmar tais instrumentos. E sendo o Ministério Público atualmente vocacionado justamente para a tutela de direitos, notadamente os transindividuais, é natural realmente que demonstre atuação preponderante em quantidade de compromissos de ajustamento firmados. Além das dificuldades estruturais e financeiras das associações para ajuizar ações, superadas no Ministério Público diante dos princípios da independência funcional e autonomia orçamentária⁴⁰⁶, José Carlos Baptista Puoli aponta a conveniência de os colegitimados meramente oferecerem representações ao Ministério Público, na medida em que, assim agindo, não correm “o risco de se exporem à possibilidade de sancionamento por abuso na ação civil pública”⁴⁰⁷. Residualmente, alguns órgãos públicos com atribuições especificamente voltadas à defesa de certos direitos coletivos também celebram compromissos em quantidade expressiva. Mas trata-se de atuações em áreas específicas, não sendo frequentes esses exemplos. É o caso de alguns órgãos públicos voltados à tutela de direitos ambientais e consumeristas, por exemplo.

⁴⁰³ Antonio Gidi, *Coisa julgada*, p. 36.

⁴⁰⁴ Ricardo Negrão, *Ações coletivas*, p. 231.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁰⁶ Rodolfo Mancuso, *A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública*, p. 29.

⁴⁰⁷ José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de Justiça*, p. 187.

2.5.1.2. Objeto do ajustamento de conduta

A Lei 7.347/85, ao instituir a figura do compromisso de ajustamento de conduta, não chegou exatamente a definir seu objeto, limitando-se a indicar a submissão dos interessados “às exigências legais, mediante cominações” (art. 5º, §6º). Contudo, a evolução do instituto demonstrou seu potencial para efetivamente solucionar conflitos envolvendo interesses transindividuais, ainda que à mercê de legislação específica sobre determinadas situações. Havendo a conformação de um legítimo interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, sua adequada proteção poderá se dar por meio da celebração de um termo de ajustamento de conduta.

Por isso, atenta a essa evolução, a Resolução 179/2017 do CNMP dispôs que, por meio do compromisso de ajustamento de conduta, poderá o Ministério Público negociar sobre a correta “interpretação do direito ao caso concreto”, para então especificar as obrigações adequadas e necessárias (notadamente quanto ao modo, tempo e lugar de cumprimento) à tutela do interesse ou direito transindividual identificado, inclusive tratando sobre sua eventual mitigação, compensação ou mesmo a respeito da indenização dos danos que não puderem ser recuperados (art. 1º, §1º).

Assim, é correto dizer que o compromisso de ajustamento de conduta versa sobre a possibilidade de reparação ou prevenção de um determinado dano, em razão de um comportamento ou omissão específica⁴⁰⁸. Contudo, pensamos que essa noção deve ser lida de modo amplo, a fim de que o compromisso de ajustamento de conduta possa efetivamente disciplinar situação futuras, ainda que nem mesmo esteja configurada alguma ameaça ou lesão atuais contra direitos transindividuais. Isto é, o compromisso de ajustamento de conduta poderá ser utilizado exclusivamente para atribuir a melhor interpretação do direito ao caso concreto, em atividade assemelhada ao que se denominaria de tutela declaratória, caso postulada em juízo. Com isso, permite-se ao Ministério Público, por meio do consenso, atuar do modo mais efetivo, de forma resolutiva e preventiva. “Não raro o órgão público legitimado e o causador do dano ajustam quaisquer tipos de obrigações, ainda que não apenas de fazer ou não fazer, e esse ajuste é convalidado seja pelo caráter consensual, seja pelo fato de que prejuízo algum trazem ao interesse transindividual tutelado”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 155.

⁴⁰⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 316.

Exemplificativamente, no passado, teria sido possível e bastante adequada eventual celebração de compromisso de ajustamento de conduta versando sobre a proteção do meio ambiente e à saúde dos brasileiros em relação à produção de alimentos transgênicos, ainda que previamente a qualquer disposição legislativa sobre o tema. Portanto, com essa ideia, queremos deixar claro que o art. 6º da Lei da Ação Civil Pública não pode ser lido como se estivesse limitando a possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de conduta somente para disciplinar as obrigações previamente previstas na legislação. De acordo com o art. 1º da Resolução 179/2017 do CNMP, inclusive, a adequação da conduta se dará “às exigências legais e constitucionais”, denotando essa maior conceituação de seu objeto, visto que o Ministério Público poderá buscar diretamente na Constituição a conformação do interesse ou do direito coletivo que se pretende tutelar.

Ademais, também entendemos superadas as interpretações voltadas à sua restrição a meras obrigações decorrentes de responsabilidade civil. No compromisso de ajustamento de conduta, também podem ser incluídas disposições relacionadas à responsabilidade criminal e administrativa dos agentes causadores de ameaça ou danos que tipifiquem condutas previstas no direito penal e/ou no direito administrativo sancionador. Aliás, segundo entendemos, até mesmo a responsabilidade por atos de improbidade administrativa atualmente pode ser objeto de termos de ajustamento de conduta⁴¹⁰.

Embora não seja exemplificativa, a delimitação trazida no art. 1º da Resolução 179/2017 do CNMP permite essa interpretação, bastante oportuna em relação ao atual contexto normativo brasileiro, em que há crescente tendência de pacificação dos conflitos em geral, através de meios de solução consensual, conforme discutido no capítulo anterior. Com efeito, ali se dispôs que o compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas também dos “outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público”.

O compromisso de ajustamento de conduta a ser firmado pelo Ministério Público, portanto, pode ser hodiernamente entendido como uma definição em sentido amplo, englobando qualquer ato jurídico bilateral consistente na concretização de obrigações e cominações tomadas pela instituição, em face do compromissário ou compromissários, em relação a direitos e interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou a quaisquer outros

⁴¹⁰ Nesse sentido, vide o tópico abaixo.

direitos de cuja defesa está incumbida, a partir de um procedimento investigatório ou processo judicial já em curso, mediante consenso e caracterizado pela formação de um título executivo.

Subdivide-se, porém, em variadas espécies de instrumentos obrigacionais voltados às diversas áreas de atuação: a) o compromisso de ajustamento em sentido estrito, no tocante à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, decorrente, originalmente, do art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85; b) acordos de colaboração premiada, inseridos na Lei das Organizações Criminosas; c) acordos de leniência, previstos na Lei Anticorrupção⁴¹¹; d) acordos judiciais, celebrados no bojo de uma demanda judicial preexistente; e e) instrumentos de transação de direito privado, tais como eventuais acordos ratificados pelo Ministério Público após sessões de mediação ou conciliação no âmbito do direito de família ou mesmo compromissos tomados pelo Ministério Público no curso de procedimentos administrativos voltados à tutela de direitos individuais indisponíveis, os quais também constituem títulos executivos.

Nesse sentido, a Resolução também apontou a solução para eventuais questões relacionadas à falta de atribuição do membro do Ministério Público que porventura esteja presidindo o procedimento no bojo do qual está sendo firmado o compromisso de ajustamento de conduta. Isso porque expressamente possibilitou que tal instrumento seja firmado em conjunto por órgãos de ramos diversos do Ministério Público ou por este e outros órgãos públicos legitimados, podendo, ainda, contar com a participação de associações civis, entes ou grupos representativos e até mesmo de terceiros interessados (art. 3º).

2.5.1.2.1. Ajustamento de conduta envolvendo a responsabilização por atos de improbidade administrativa

Originalmente, a Lei 8.429/92 trouxe expressa vedação a “transação, acordo ou conciliação” no âmbito das ações de responsabilidade por atos de improbidade administrativa (art. 17, §1º). De acordo com Waldo Fazzio Júnior, essa proibição se justifica, porque “ao lado da proteção ao patrimônio público econômico, se sobrepõe a tutela da probidade administrativa”, sendo que “não se protegem valores por meio de negócios processuais”⁴¹².

⁴¹¹ Com a ressalva a respeito da polêmica existente sobre a legitimidade, ou não, do *Parquet* para tomada de acordos de leniência, atualmente pendente de solução definitiva pelo Poder Judiciário.

⁴¹² Waldo Fazzio Júnior, *Improbidade administrativa*, p. 461.

No entanto, a doutrina já ressaltava que a Lei de Improbidade Administrativa não chegou a proibir todo e qualquer termo de ajustamento de conduta. Na realidade, teria vedado a transação, o acordo ou a conciliação, mas apenas na medida em que importasse *concessões mútuas*. Nessa linha, seria uma decorrência da tradicional noção de indisponibilidade da tutela do patrimônio público. Assim, considerada a transação como “negócio jurídico que importa em concessões recíprocas” e o ajustamento de conduta como instrumento que “não importa, verdadeiramente, qualquer tipo de disposição quanto ao direito material”⁴¹³, admitia-se a possibilidade de celebração de ajustamento de conduta no campo da improbidade administrativa, mas desde que fosse a respeito de condições, prazo e modo da reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente, “sem abrir mão da reparação integral”⁴¹⁴.

Embora não concordemos com essa definição a respeito do que se entenderia por “transação”, trata-se de solução adequada no seu ponto final, pois nos parece que o ressarcimento ao erário sequer seria exatamente uma “sanção”. De fato, é verdade que o art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, na sua redação originária, vedava transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata a *caput*. Entretanto, tal vedação deve ser lida como relacionada às penalidades previstas no art. 12 da referida Lei (suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, dentre outras), aqui não se incluindo o ressarcimento do dano, visto que não se trata de “penalidade” propriamente, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.019.555-SP, de relatoria do Ministro Castro Meira e julgado no dia 16/06/2009: “o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito”.

Outrossim, não se olvide que a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) não possui dispositivo semelhante. Ao contrário, prevalece o entendimento de que é possível a conciliação em ações civis públicas (muito embora boa parte da doutrina entenda serem “indisponíveis” os direitos coletivos em litígio, tal como abordado no capítulo anterior). Nos termos do art. 1º, incisos IV e VIII, da Lei 7.347/85, eventual pretensão relativa ao ressarcimento do erário pelos danos causados poderia ser objeto de ação civil pública – e não somente de ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Isto é, se tratasse de ação civil pública unicamente voltada ao ressarcimento do erário, não haveria

⁴¹³ Neste sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade*, pp. 827-828.

⁴¹⁴ Op. Cit., p. 830.

maiores óbices à possibilidade de acordo entre as partes envolvendo prazos e modo de ressarcimento, mas sim a respeito dos limites a serem observados pelo colegitimado titular da ação coletiva.

Ademais, como ressaltado por Emerson Garcia, não se pode confundir a medida que busca elidir a aplicação das sanções a que está sujeito o agente, “com aquela que persiga a equação do comportamento do agente público à ordem jurídica, impedindo ou evitando que novos ilícitos sejam praticados”⁴¹⁵. Isto é, coloca-se fora de questionamento a possibilidade de ajustamento de conduta envolvendo a interrupção dos atos irregulares e sua correção para o futuro, havendo controvérsias apenas no tocante à incidência acordada das sanções previstas pela Lei 8.429/92 sobre os atos já praticados.

De qualquer forma, tal limitação prevista da Lei de Improbidade Administrativa não está isenta de críticas – às quais fazemos coro –, sob a ótica da valorização da conciliação como meio alternativo à solução de conflitos:

andou mal o legislador ao impedir qualquer forma de transação, acordo ou conciliação, ainda que a questão esteja relacionada com atos de improbidade administrativa. Obter um acordo entre as partes deve ser sempre a opção almejada pelo Poder Judiciário⁴¹⁶.

2.5.1.2.2. Derrogação do art. 17, §1º: possibilidade de acordos e transações versando sobre as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa

Em 18 de dezembro de 2015, diante das controvérsias jurídicas existentes a respeito da incidência da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) sobre as práticas criminosas apuradas na *operação Lava Jato*, a ex-Presidente da República Dilma Rousseff editou a Medida Provisória 703, modificando diversos dispositivos da Lei Anticorrupção e também revogando o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa. Ou seja, a partir da MP 703, não haveria óbices à celebração de *transação* no âmbito das investigações e ações judiciais visando à responsabilização de agentes pela prática de atos de improbidade administrativa.

Diante de tal quadro, no dia 15 de março de 2016, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo ineditamente homologou, por maioria de votos,

⁴¹⁵ Emerson Garcia, *Ministério Público*, p. 458.

⁴¹⁶ Fernando da Fonseca Gajardoni et. al., *Comentários*, pp. 268-269.

acordos de colaboração premiada envolvendo inclusive penalidades decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa. Tratava-se, portanto, de um instrumento único versando sobre responsabilidade criminal e político-administrativa.

A Promotoria de Justiça de Osasco, por meio de seus membros com atribuições na tutela do patrimônio público e criminal, firmou acordos de colaboração com agentes públicos envolvidos em organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração. Em vista do acordo, os investigados reconheceram, além da prática de crimes, também o cometimento de atos de improbidade administrativa que causaram enriquecimento ilícito e violação de princípios (arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92). Assim, de um lado, os colaboradores concordaram com as penalidades de perda da função pública e proibição de contratar. Por outro, obtiveram a garantia de que não seriam réus em eventual ação de responsabilização por atos de improbidade administrativa a ser ajuizada pela Promotoria de Justiça de Osasco, em face dos fatos investigados no inquérito civil em questão, ressalvada a possibilidade do intento de ação civil buscando o ressarcimento de valores recebidos de forma indevida.

De acordo com o voto vencedor, não mais havia impedimento para ocorrência de transação, acordo ou conciliação na ação civil de improbidade administrativa, diante da revogação do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 pela Medida Provisória 703/2015. Adicionalmente, ainda considerou que, mesmo diante da vedação prevista na referida norma, no caso concreto, estava observado o espírito da Lei, no sentido de se evitar que órgão público legitimado disponha do direito material controvertido. Isso porque, em virtude do acordo de colaboração firmado, na realidade seria possível reaver “muitíssimo mais” aos cofres públicos lesados.

Entretanto, a MP 703 teve seu prazo de vigência encerrado em 29 de maio de 2016, sem que tenha sido convertida em lei, conforme ato declaratório 27/2016 do Presidente da Mesa do Senado Federal, de modo que a anterior polêmica permanece.

Porém, apesar dos entendimentos contrários, acreditamos que o ordenamento jurídico brasileiro já levou à derrogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, dada a evolução legislativa voltada à transação sobre questões relacionadas ao interesse público, tal como mencionado no capítulo anterior. Isso porque “nenhum dos fundamentos que outrora

conferiram lastro ao surgimento do texto normativo inserto no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 se mantém nos dias atuais (...), tendo sofrido inequívoca revogação tácita”⁴¹⁷.

Chama a atenção, nesse aspecto, os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção, que permitem à pessoa jurídica colaborar e, na sequência, acordar sobre sua responsabilização, inclusive no tocante às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa⁴¹⁸. Portanto, seria incoerente ao sistema vedar esse mesmo direito ao colaborador pessoa física, muito embora ele possa firmar acordos de colaboração premiada no âmbito penal – cuja responsabilização é muito mais grave que na esfera da improbidade administrativa.

Nesse mesmo sentido, há correntes doutrinárias defendendo a possibilidade de sua aplicação às ações de improbidade administrativa, com fundamento na analogia. A respeito do assunto, de acordo com Karina Gomes Cherubini⁴¹⁹,

ainda que a Lei de Improbidade Administrativa não possua natureza penal, sua tipologia coincide, em muitos casos, com figuras penais, inclusive com aquelas que admitem o instituto da delação criminosa. Assim sendo, sustenta-se que o benefício da delação premiada possa ser estendido às investigações de improbidade administrativa, beneficiando aquele que efetivamente colaborar e confessar a autoria com redução da sanção que seria cabível.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já decidiu, em algumas oportunidades, pela possibilidade de aplicação analógica da colaboração premiada às ações de improbidade administrativa:

Ação civil pública por ato de improbidade administrativa - nulidade de contratos da Codeplan com empresas de informática - prova do dolo - dispensa de licitação - emergência não configurada - dolo das empresas contratadas - conluio entre as empresas para burlar o procedimento de contratação com a administração - transferência da execução do contrato - prejuízo ao erário - delação premiada - aplicabilidade ao processo para apuração de ato de improbidade administrativa - falta dos requisitos para aplicação.⁴²⁰

⁴¹⁷ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e poder público*, p. 87.

⁴¹⁸ Conforme bem anotado por Antonio do Passo Cabral, “ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei 12.846/13, mas suas sanções podem ser cumuladas” (*As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*, p. 199).

⁴¹⁹ Ampliação, p. 8.

⁴²⁰ TJDF, 2ª Turma Cível, AC 20060110977472APC, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. 25/9/2013.

Quanto à indisponibilidade dos direitos políticos por parte do colaborador, o qual, portanto, não poderia transacionar sobre a sua suspensão⁴²¹, visto que se trata de direitos decorrentes da nacionalidade e outorgados por nossa Constituição de modo atrelado à sua personalidade, seria facilmente resolvida com a submissão do compromisso de ajustamento de conduta (ou acordo de leniência) à homologação judicial. Tal circunstância inclusive já se mostra desejável nos casos de maior expressividade, até mesmo no tocante às demais penalidades (relacionadas a direitos disponíveis dos colaboradores), dada a maior segurança jurídica que recai sobre os títulos executivos judiciais.

Com efeito, parece razoável se considerar a confissão e/ou colaboração dos agentes envolvidos na dosimetria das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, visto que sua fixação deve ser fruto de raciocínio semelhante àquele utilizado na dosimetria das penas criminais. Assim, o arrependimento, a colaboração e a confissão devem favorecer aquele agente que efetivamente contribui para as investigações.

Portanto, diante da prévia pactuação entre o Ministério Público e o agente colaborador, e reconhecida a isenção, a proporcionalidade e a razoabilidade das obrigações previstas, parece-nos que até mesmo não haveria mais interesse processual para a propositura de ações de conhecimento visando à futura condenação do agente, a qual, em tese, acabaria por fixar as mesmas penas por ele já acordadas e anuídas de modo antecipado.

Trata-se da solução apresentada pela Resolução 179/2017 do CNMP⁴²², ao dispor que “é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado”. A referência, aqui, é justamente à Lei de Improbidade Administrativa, que no seu art. 12 traz o rol de sanções possíveis, bem como a previsão de que está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às cominações ali elencadas, as quais “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”, pelo magistrado.

⁴²¹ Dentre as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, encontra-se a “suspensão dos direitos políticos” da pessoa condenada por atos de improbidade administrativa.

⁴²² A respeito do poder normativo primário das resoluções do CNMP, vide nota de rodapé 134.

A respeito da transação envolvendo atos de improbidade administrativa, algumas unidades do Ministério Público também já editaram atos internos, prevendo e regulamentando sua incidência.

Em 15 de fevereiro de 2017, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná autorizou, de modo excepcional, a realização de composição, através de compromissos de ajustamento de conduta ou acordos de leniência, junto a pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na prática de atos de improbidade administrativa. Na fundamentação da Resolução 1/2017, dentre outras premissas por nós aqui também acolhidas, foi apontada justamente a possibilidade de que o compromisso de ajustamento de conduta ou acordo de leniência possibilitem obtenção de resultado similar ou até mesmo melhor que aquele que poderia ser potencialmente obtido em Juízo. Além disso, o interesse público ficaria assegurado, na medida em que tais composições obrigatoriamente deveriam conter o compromisso de recomposição integral do dano causado e a imposição de uma ou mais dentre as sanções legalmente cominadas.

A Resolução paranaense considerou acordos de leniência aqueles firmados perante pessoas físicas ou jurídicas dispostas a colaborar com as investigações. Em tais casos, deveriam admitir sua participação nos fatos, identificar outros envolvidos, descrever com detalhes as práticas ilícitas e comprometerem-se a dizer a verdade e a não omitir fatos. Em qualquer das hipóteses, o compromissário deverá ser obrigatoriamente assistido por advogado.

Ao final, foi mantida a obrigatoriedade de submissão do compromisso de ajustamento de conduta e do acordo de leniência, tanto na fase extrajudicial quanto na fase judicial, ao controle do Conselho Superior do Ministério Público, com fundamento no art. 9º da Lei da Ação Civil Pública.

Pouco tempo depois, em 28 de março de 2017, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Amapá editou a Resolução 2/2017, igualmente regulamentando hipóteses de realização de acordos, transações e conciliações nos casos de improbidade administrativa.

Em síntese, previu-se a celebração de um termo de intenção de acordo, o qual será submetido à apreciação do Conselho, para decisão, em 30 dias, sobre sua conversão em acordo ou rejeição. Da mesma forma, no entanto, previu-se como condição obrigatória a

inserção de obrigações de colaboração para as investigações, ressarcimento dos danos causados e, cumulativamente, a imposição de pelo menos uma das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade.

Após intensos debates ao longo do ano, em 23 de novembro de 2017, também o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais regulamentou o tema através da Resolução 3/2017. No bojo de sua detalhada fundamentação, constou justamente que a Resolução CNMP 118/2014 recomendou a implementação geral de mecanismos de autocomposição, tais como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, o que foi referendado ainda pela Recomendação CNMP 54/ 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Ademais, foi apontado que a transação, a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95) e, mais recentemente, a colaboração premiada (Lei 12.850/2013), no campo penal, e o acordo de leniência (Lei 12.846/ 2013), nos campos administrativo e civil das pessoas jurídicas, permitem afastar a incidência estrita de determinados comandos legais penalizadores e sancionatórios em suas respectivas áreas quando a realização do bem jurídico protegido for atingida.

Ao tratar das penalidades a serem impostas, a Resolução 3/2017 do CSMP-MG previu que, na hipótese de se avençar perda da função pública, constará no instrumento cláusula explicitando que o compromissário, de forma irretroatável, requer sua exoneração da respectiva função pública, inclusive ficando autorizado o Ministério Público a encaminhar cópia do TAC à respectiva entidade da administração pública direta ou indireta para efetivação da condição. No caso de haver avença sobre a suspensão dos direitos políticos, deverá ser consignado, no respectivo termo, cláusula explicitando que o compromissário renuncia ao direito de concorrer a cargo público eletivo pelo prazo combinado, bem como que a eficácia da cláusula se sujeitará à homologação judicial (art. 4º, §§2º e 4º).

Conforme previsto nas citadas Resoluções, após autorizado e celebrado o acordo com ação judicial já em curso, deverá ser remetido para homologação judicial, sendo que o pedido de extinção somente se dará após cumpridas todas as condições estabelecidas. Se estabelecida ainda na fase de investigação, a promoção de arquivamento do procedimento ficará condicionada à homologação pelo Conselho Superior.

2.5.1.2.3. Os “acordos de leniência” no âmbito da “operação Lava Jato”

Ademais, atualmente muito se tem debatido essa vedação legislativa frente à ideia de *colaboração premiada*, pois a possibilidade de tais *acordos* no âmbito das investigações de atos de improbidade administrativa poderia auxiliar na identificação das irregularidades e na punição daqueles agentes com maior culpabilidade pela ocorrência de danos ao erário público. Buscando inspiração na Lei Anticorrupção, *de lege ferenda*, Waldo Fazzio Júnior afirma que “a contribuição justificativa do acordo de leniência seria direcionada à identificação de outros envolvidos no ilícito, bem como a captação de informações e documentos comprobatórios ainda não revelados”. No mesmo sentido está o posicionamento de Arthur Pinto de Lemos Júnior, ao lamentar “que o legislador não tenha aproveitado a oportunidade para alterar o artigo 17, §1º, da Lei (...). O acordo no âmbito da improbidade administrativa atenderia ao interesse público, porquanto mais importante o desmantelamento de uma teia empresarial ilícita, de maior envergadura, perniciososa e lesiva à administração pública”⁴²³.

No âmbito da recente “operação Lava Jato”⁴²⁴, diante da enorme complexidade das investigações e, por outro lado, da vontade de inúmeros agentes criminosos em colaborar com a elucidação dos fatos e a apresentação de provas, como forma de auferir benefícios sancionatórios, notaram-se as dificuldades relacionadas com a diversidade de esferas de responsabilização existentes no direito brasileiro, que permite ao menos cinco ações em instâncias distintas: criminal, cível, administrativa, político-administrativa (improbidade) e administrativa empresarial (*compliance*).

Ora, sob a perspectiva de quaisquer dos envolvidos que pretendessem colaborar com as investigações, evidentemente era necessário se pactuar sobre todas as sanções possíveis de incidirem com suas pessoas físicas, jurídicas e respectivos patrimônios, como condição para reconhecerem a prática de atos ilícitos cometidos e assim prestarem sua colaboração. De nada adiantaria reconhecer fatos criminalmente típicos e ajustar penas razoáveis nessa seara se, na posse da confissão e das demais provas apresentadas pelo próprio colaborador, o Ministério Público ou outro colegitimado pudesse, na sequência, valer-se desses mesmos elementos para

⁴²³ Arthur Pinto de Lemos Júnior, *O instituto da leniência na Lei nº 12.846/13*, p. 79.

⁴²⁴ Vide informações sobre o caso na página eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 04/01/2018.

perseguir a dissolução da empresa por ele administrada e/ou sua integral condenação por atos de improbidade administrativa.

Por tal razão, ainda quando das primeiras fases da operação, a força tarefa do Ministério Público Federal decidiu constituir um instrumento único, versando sobre a pactuação das diversas sanções possíveis aos agentes colaboradores, incluindo o ressarcimento ao erário, sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. A tais instrumentos foi dada a denominação de “acordos de leniência”⁴²⁵.

Contudo, o tema ainda é bastante polêmico.

Em agosto de 2017, o julgamento do agravo de instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tratava da possibilidade, ou não, do Ministério Público Federal tratar das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa no bojo dos denominados “acordos de leniência” firmados no âmbito da operação Lava Jato.

Em síntese, e contrariando as premissas apresentadas no presente trabalho, apesar de sua base constitucional, o Tribunal entendeu que o Ministério Público Federal carece de legitimidade para dispor sobre acordos nesse sentido. Durante o julgamento, ficou assentando que o MPF não possui atribuição para representar judicialmente a União e, portanto, não poderia dispor sobre seu patrimônio ou recomposição de prejuízos causados por particulares ou mesmo agentes públicos, nos termos do art. 129, IX da Carta Federal, mormente porque a esfera federal seria representada pela AGU. Além disso, a competência para firmar acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal, teria sido conferida apenas à Controladoria-Geral da União – CGU e de forma indelegável, conforme o art. 16 da Lei Anticorrupção.

A nosso ver, com a devido acatamento, a decisão não reflete o correto arcabouço jurídico que disciplina o Ministério Público tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional. No mais, como temos demonstrado, os procedimentos do Ministério Público, a rigor, são públicos e permitem a participação da União inclusive no tocante à elaboração dos termos firmados e sua posterior homologação pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão. Tratando-se de colegitimados, e sendo a legitimidade coletiva

⁴²⁵ Deltan Dallagnol, *A luta contra a corrupção*, p. 84.

disjuntiva e concorrente, não parece mesmo correta a solução apresentada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

De nossa parte, entendemos que, nesse ponto, a solução não passa mais pela legitimidade do Ministério Público para avançar acordos de leniência, compromissos de ajustamento de conduta ou acordos de colaboração premiada tratando do ressarcimento ao erário federal. Na realidade, as questões a serem porventura aprimoradas relacionam-se com a participação da União no procedimento instaurado pelo *Parquet*, ou seja, com a publicidade dos procedimentos e atos praticados pelo MPF.

Afora tais temas, teria a União legitimidade e interesse processual para eventual impugnação de acordos diante das circunstâncias concretas, apontando a insuficiência das cláusulas entabuladas ou mesmo vícios decorrentes de erro, coação ou até mesmo corrupção dos agentes públicos envolvidos. Não entendemos correto que, abstratamente, possa o Poder Judiciário ceifar a legitimidade conferida pela Constituição ao Ministério Público para a tutela de direitos difusos e coletivos, assim como do erário.

2.5.1.3. Aspectos formais

Como não há previsão de uma forma própria na Lei 7.347/85, incide o princípio da informalidade sobre os termos de ajustamento de conduta, os quais, portanto, poderão ser livremente pactuados, seja por instrumento próprio, ao final de uma audiência pública, como ajuste preliminar, dentre outras possibilidades, desde que observadas as exigências normativas e de forma adequada à sua caracterização como título executivo⁴²⁶.

Além disso, pode haver exigências específicas nos atos internos vigentes em relação a cada órgão público legitimado para a tomada de compromissos de ajustamento de conduta. O Manual de Atuação do Ministério Público de São Paulo⁴²⁷, por exemplo, indica aspectos formais obrigatórios no seu art. 359: “Do compromisso de ajustamento, formalizado por termo nos autos, deverá constar: I – qualificação completa do interessado; II – descrição pormenorizada das obrigações assumidas pelo interessado, inclusive quanto ao prazo, forma e modo de seu cumprimento; III – cláusula consignando a sua natureza de título executivo extrajudicial; IV – sanção cominada para a hipótese de inadimplemento das obrigações

⁴²⁶ Fernando Referendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 100.

⁴²⁷ Ato Normativo 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010 (Protocolado nº 60.471/2010).

assumidas; V – que a eficácia do compromisso ficará condicionada à homologação do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público”. Na mesma linha, e como já mencionado, recentemente o CNMP buscou padronizar as normas aplicáveis aos compromissos de ajustamento de conduta firmados por membros do Ministério Público através da Resolução 179/2017.

Em atenção aos princípios do art. 37 da Constituição (principalmente da publicidade e eficiência, como vem sendo defendido neste trabalho) e aos ditames da Resolução 179/2017 do CNMP, o ajustamento de conduta deverá ser escrito em vernáculo, garantindo a certeza e a longevidade de suas disposições⁴²⁸. Além disso, salvo situações de excepcional urgência, deverá ser precedido da instauração de um procedimento (em geral o inquérito civil) ou ação judicial, apesar de não haver qualquer exigência com relação ao momento procedimental ou processual adequado para tanto (art. 3º da Resolução 179/2007).

No mais, as partes devem estar devidamente qualificadas e representadas no termo, até porque tais informações são imprescindíveis para correta conformação do título executivo. A Resolução 179/2017 ainda faculta que as testemunhas que tenham acompanhado as negociações também possam subscrever o termo (art. 3º, §5º). A subscrição das testemunhas, embora dispensável para constituição do título executivo, mostra-se recomendável, na medida em que já indicará, de antemão, na hipótese de discussão judicial das obrigações avençadas, eventuais testemunhas a respeito de todo o processo de negociação.

Quanto às cláusulas, deverão ser redigidas de modo claro e minucioso, a fim de que não fiquem ausentes detalhes relevantes para sua futura execução. Tratando-se de título executivo, é decorrência natural que as obrigações do compromissário sejam todas certas, líquidas e exigíveis, conforme art. 783 do CPC⁴²⁹. Nesse sentido, o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo editou o enunciado sumular nº 9, com a atual redação nos seguintes termos: “somente se homologa arquivamento fundado em termo de ajustamento de conduta se as obrigações forem certas quanto à sua existência e determinadas quanto ao seu objeto, de modo a possibilitar sua execução em caso de descumprimento, devendo constar cláusula expressa que consigne a natureza de título executivo extrajudicial”.

⁴²⁸ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 171.

⁴²⁹ Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Regulamentando o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, que exige a previsão de cominações nos termos de ajustamento de conduta, a Resolução 179/2017 estabeleceu que os compromissos deverão prever multa diária ou outras espécies de cominação para o caso de descumprimento das obrigações nos prazos assumidos. Mas sempre de modo a se perseguir o cumprimento da obrigação, tanto que, no Ministério Público de São Paulo, não se tem admitido a fixação de multa compensatória, apenas cominatória⁴³⁰. No tocante aos ajustes envolvendo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, as multas deverão ser obrigatoriamente destinadas a fundos federais, estaduais ou municipais, conforme exigido pelo art. 13 da Lei 7.347/85.

É importante, ainda, que o compromisso contenha, em suas disposições preambulares, os motivos que ensejaram sua lavratura, bem como os parâmetros que justifiquem serem as obrigações previstas suficientes para a tutela do interesse transindividual identificado. Usualmente, essas disposições têm sido apresentadas em forma de “considerandos”, técnica também bastante utilizada nos instrumentos contratuais de direito privado com a finalidade de expor, de modo claro, as bases dos negócios jurídicos entabulados. De fato, “sendo um ato de Poder Público sobre um direito que pertence a toda uma massa de pessoas, deve indispensavelmente conter uma justificação, ainda que concisa, sobre os motivos que recomendam a celebração do ajuste”⁴³¹. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já declarou a nulidade de um termo de ajustamento de conduta firmado sob premissas fáticas equivocadas⁴³².

Será, ainda, pela motivação que os colegitimados e demais interessados poderão aferir a correção das obrigações estabelecidas e respectivas cominações como sendo suficientes para tutela dos interesses e direitos envolvidos, a partir de quando poderão manifestar-se, no procedimento, perante o órgão de controle do compromisso de ajustamento de conduta ou até mesmo iniciarem procedimentos judiciais ou extrajudiciais de impugnação de seus termos. Em conjunto com a publicidade, corresponde a um dos princípios administrativos que permitirão o controle e a fiscalização dos termos de ajustamento tomados pelo Ministério Público, à

⁴³⁰ De acordo com a vigente redação da Súmula 23 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: “não se homologa promoção de arquivamento fundada em termo de ajustamento de conduta se a multa fixada na hipótese de descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer tiver natureza compensatória, ao invés de cominatória, pois mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico”.

⁴³¹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 175.

⁴³² “Tratando-se o Termo de Ajustamento de Conduta de título executivo extrajudicial que se baseou em premissa fática equivocada (existência de proteção), este é nulo, por não configurar o necessário atributo da certeza, à luz dos arts. 138, 139, I, 140 e 178, II, do Código Civil” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.221.426/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01/12/2012).

semelhança do que ocorre com as sentenças judiciais. Trata-se, assim, de relevante fator de legitimação.

2.5.1.4. Revisão e homologação dos compromissos de ajustamento de conduta tomados pelo Ministério Público

Outro tema ainda polêmico versa sobre a eficácia do termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público antes de sua homologação pelo órgão revisor. A Lei 7.347/85, em sua redação original, já determinava que a promoção de arquivamento dos inquéritos civis ficaria sujeita a reexame necessário pelo Conselho Superior da instituição (art. 9º, §3º). No entanto, embora acrescentando o §6º ao art. 5º, que trata do ajustamento de conduta, o CDC nada dispôs sobre a eficácia do compromisso e o procedimento de sua revisão pelo Conselho Superior. A partir de então, sempre houve muita polêmica na doutrina, tendo-se formado ao menos três respostas possíveis.

Dada a ausência de previsão sobre o assunto, a primeira interpretação possível é de que o compromisso de ajustamento de conduta é eficaz desde a sua subscrição, cabendo ao órgão superior um controle a posteriori. Argumenta-se que não há qualquer condição legalmente imposta ao compromisso de ajustamento de conduta e que solução contrária traria inconvenientes práticos, visto que, entre a subscrição do instrumento e sua homologação podem decorrer vários meses. Nesse sentido, a previsão de arquivamento contida no art. 9º somente se aplicaria após esgotadas todas as diligências passíveis de serem efetuadas, quando o membro do *Parquet* se convencer da ausência de fundamentos para propositura de ação. Porém, quando toma ajustamento de conduta, estaria convencido de que o compromissário de fato violou normas jurídicas. Para Hugo Nigro Mazzilli, o “compromisso de ajustamento é eficaz a partir do momento em que é tomado (...), sua eficácia não é efeito da homologação do arquivamento do inquérito civil”⁴³³.

Por tal motivo, o autor critica o art. 112 da Lei Complementar paulista 734/93, a qual condiciona a eficácia do termo de ajustamento de conduta à sua prévia homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público. A norma teria, ao mesmo tempo, violado o modelo federal, pois a Lei 7.347/85 não traz previsão a respeito, e ainda incorrido em matéria processual civil, o que é vedado ao legislado estadual⁴³⁴.

⁴³³ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 327.

⁴³⁴ Op. Cit., pp. 327-328.

Distintamente, uma segunda linha de interpretação depreende do art. 9º da Lei da Ação Civil Pública que o compromisso de ajustamento de conduta somente se tornará eficaz após a homologação de sua promoção de arquivamento. Com efeito, a celebração do termo de ajustamento de conduta levará ao arquivamento do procedimento, tendo em vista a sua suficiência para solucionar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos transindividuais apontados. Além de ilógico, carecerá o membro do Ministério Público de qualquer interesse processual na propositura de ação civil pública para ver o indigitado condenado às mesmas obrigações às quais já manifestou anuência, inclusive mediante cominações, no compromisso firmado. Logo, não sendo hipótese de ajuizamento de ação, deverá obrigatoriamente promover o arquivamento do inquérito civil (ou outro procedimento assemelhado) e providenciar sua remessa ao Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão competente⁴³⁵.

Por último, a terceira resposta possível indica que, à míngua de disposição expressa na legislação federal, caberá a cada Ministério Público regulamentar o procedimento – e a eficácia – de revisão e homologação dos compromissos de ajustamento de conduta tomado por seus integrantes. Fernando Grella Vieira entende que “é viável a fixação de regras que imponham a necessidade de prévia homologação do órgão superior para eficácia da transação, sem que se possa arguir, no caso, conflito com a LF 7.347/85, uma vez que se trata de definição e limites de atribuições dos órgãos da Instituição”⁴³⁶.

Esta última posição foi adotada pelo CNMP na Resolução 179/2017. Conforme seu art. 6º, “cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução”. Como regramento mínimo, foi apenas determinado que haja, ao menos, “a exigência de ciência formal do conteúdo integral do compromisso de ajustamento de conduta ao Órgão Superior em prazo não

⁴³⁵ Nesse sentido, conferir Fernando Reverendo Vida Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 97. Segundo o autor, no texto da obra acessado, em sua 5. ed., após reflexões sobre o tema, modificou seu inicial posicionamento, que era na mesma linha defendida por Hugo Nigro Mazzilli, pela eficácia imediata do compromisso. “Hoje preferimos nos filiar àqueles que veem na própria lei, ainda que tacitamente, a necessidade de confirmação por parte do Conselho Superior dos termos de ajustamento, para que então este possa ganhar sua eficácia”.

⁴³⁶ Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, p. 243.

superior a três dias da promoção de arquivamento do inquérito civil ou procedimento correlato em que foi celebrado”.

Assim sendo, denota-se que caberá realmente a cada Ministério Público regulamentar a eficácia dos termos de ajustamento de conduta firmados por seus integrantes, mantendo-se, todavia, a exigência de comunicação do Conselho Superior ou órgão superior análogo no prazo de três dias, à semelhança do quanto prescreve o art. 9º da Lei da Ação Civil Pública a respeito da promoção de arquivamento dos inquéritos civis.

A partir de nossa experiência na atuação em promotorias de Justiça com atribuições para a defesa de interesses e direitos transindividuais, ao menos como regra geral, nos parece mais adequada a segunda corrente apresentada, visto que a Lei 7.347/85 tratou da necessidade de reexame das promoções de arquivamento, sendo o compromisso de ajustamento de conduta um fundamento para que isso ocorra, conforme exposto. Além disso, no contexto de um Ministério Público democrático, aberto à sociedade e disposto a oferecer amplas possibilidades de participação dos colegitimados e interessados nos procedimentos afeitos, mostra-se fundamental o reexame dos compromissos de ajustamento de conduta firmados pelos órgãos de revisão. Na linha do quanto defendemos, o duplo grau ministerial⁴³⁷ consiste em relevantíssimo instrumento de legitimidade e segurança aos acordos firmados pela instituição.

Ademais, como bem demonstrado por Fernando Akaoui, a solução encontrada pela Resolução 179/2017 do CNMP, ao prever que cada instituição possa normatizar sobre a eficácia dos compromissos de ajustamento de conduta, vai de encontro à necessária unidade federativa e até mesmo cria situação de grave insegurança jurídica: alguns tipos penais, como aqueles descritos nos arts. 62 e 63 da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), têm como tipo objetivo o descumprimento de ato administrativo. Ou seja, o descumprimento de compromissos de ajustamento ainda não homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo não configuraria tais crimes, tendo em vista que o compromisso somente se torna eficaz com a homologação do TAC firmado. No entanto, em unidades do Ministério Público que se dispuserem pela eficácia imediata do compromisso, essa mesma conduta, prévia à homologação (e até mesmo à eventual rejeição) do termo de ajustamento de conduta poderá configurar tais condutas criminosas.

⁴³⁷ Vide item 2.4.5.

2.5.1.5. Publicidade

O princípio da publicidade dos atos praticados por órgãos públicos está positivado no art. 37 da Constituição de 1988 e decorre do Estado Democrático de Direito. De fato, a Democracia impõe aos agentes públicos deveres relacionados à transparência e à publicidade de seus atos, sendo que apenas situações excepcionais podem justificar restrições quanto à divulgação de atos públicos.

Nesse passo, mesmo que o eventual procedimento tenha sido sigiloso, para garantia das investigações ou mesmo proteção à intimidade dos envolvidos, o compromisso de ajustamento de conduta versando sobre direitos difusos, coletivos ou transindividuais homogêneos deverá ser publicado e divulgado nos meios ordinariamente previstos para tanto. “É por meio da publicidade dada ao compromisso de ajustamento firmado que a sociedade poderá tomar conhecimento da existência daquele instrumento de defesa de seus interesses, podendo, se for o caso, se insurgir contra seus termos”⁴³⁸.

No art. 8º da Resolução 179/2017, foi previsto que, ao receber a comunicação da lavratura do termo de ajustamento de conduta, caberá ao respectivo Órgão Superior do Ministério Público encaminhar ao CNMP cópia eletrônica contendo o inteiro teor do TAC para alimentação do Portal de Direitos Coletivos. Com efeito, desde 2011, houve a instituição de cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, conforme a Resolução Conjunta CNJ/CNMP 02, de 21 de junho daquele ano.

Além disso, a Resolução 179/2017 também determina a publicação de um extrato do compromisso de ajustamento de conduta no diário oficial, página eletrônica da instituição ou em qualquer outro meio eficiente e acessível, no prazo máximo de 15 dias a contar da sua lavratura. Na página eletrônica, todavia, deve ser disponibilizada cópia integral do termo firmado.

Entretanto, trata-se de publicidade ficta e relativa ao compromisso já firmado, quando caberão aos colegitimados e terceiros interessados somente vias impugnativas, ainda que voltadas a possível aditamento do termo de ajustamento previamente existente. Na realidade, o momento crucial de participação dos colegitimados e interessados se dá previamente, quando o Ministério Público e o compromissário ainda estão em fase de

⁴³⁸ Fernando Referendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, p. 115.

levantamento de informações e, principalmente, negociações sobre as obrigações a serem avençadas.

Sobre esse aspecto, mostra-se essencial a prévia instauração de um procedimento no âmbito do Ministério Público (ou mesmo de um processo judicial), cujo ato inaugural deverá ser objeto de ampla publicidade. Ordinariamente, as portarias de instauração de procedimentos ministeriais são divulgadas nas páginas eletrônicas das instituições e também em diário oficial, por extrato. No entanto, novamente trata-se de publicidade ficta, sendo que nem sempre os colegitimados e interessados, notadamente quando pessoas físicas, acompanham diariamente tais meios de comunicação.

Por isso, cremos que a Resolução 179/2017, ao perseguir um modelo de Ministério Público resolutivo e legitimado para transações no âmbito da tutela coletiva, foi tímida no tocante às exigências relacionadas à transparência e à publicidade das negociações envolvendo a celebração de compromissos de ajustamento de conduta. No art. 1º, §4º, foi prevista a possibilidade, como mera faculdade discricionária do membro do Ministério Público, de convocação de reuniões ou audiências públicas envolvendo os titulares dos direitos, entidades que os representem ou demais interessados.

Pensamos que já era hora do Ministério Público regulamentar meios de prévio cadastro e inscrição das entidades e interessados nas localidades de respectivas atribuições de seus órgãos de execução, para que sejam comunicadas sobre os procedimentos instaurados e existentes e demais atos praticados pelo *Parquet* quando relacionados a suas respectivas áreas de interesse e atuação. Nesse ponto, veja-se que sequer foi inserida na Resolução 179/2017 norma semelhante àquela prevista nos arts. 17, §3º, da Lei 8.429/92 e 6º, §3º, da Lei 4.717/65, quando preveem a citação das pessoas jurídicas de direito público interessadas nas ações de responsabilidade por atos de improbidade administrativa ou populares para que integrem o polo passivo, polo ativo ou se abstenham de contestar o pedido.

Sendo tais procedimentos públicos e acessíveis a todos os colegitimados e interessados⁴³⁹, tanto mais legitimidade haverá nas soluções adotadas pelo Ministério Público

⁴³⁹ Como já ocorre em algumas outras unidades, o Ministério Público de São Paulo está em fase de implantação de um sistema digital, com acesso e participação pela rede mundial de computadores de quaisquer interessados, dos procedimentos civis e criminais sob presidência de seus membros, o que tão-somente incrementará a publicidade dos atos praticados, por sua vez otimizando a sua legitimidade.

quanto mais efetivos forem os atos de comunicação e ciência de colegitimados e interessados sobre sua instauração.

2.5.1.6. Vinculação dos compromissos de ajustamento de conduta tomados pelo Ministério Público em face dos demais colegitimados e interessados

Sem dúvida, o desejável seria mesmo que houvesse “ação uníssona e coordenada dos colegitimados à propositura da ação civil pública, com vistas a alcançar a melhor solução para o conflito envolvendo direito de natureza metaindividual, trazendo resultados coerente e não contraditórios”, como manifestaram Ana Luiza Nery e Kazuo Watanabe⁴⁴⁰. Porém, a realidade aponta para a inviabilidade dessa união, ao menos na maioria dos conflitos envolvendo interesses e direitos transindividuais, sejam em razão da enorme litigiosidade no Brasil, seja como decorrência da falta de entrosamento entre as entidades colegitimadas.

Assim, como neste contexto os compromissos de ajustamento geralmente são firmados entre os investigados e apenas um dos órgãos legitimados a sua subscrição, surgem questionamentos a respeito da sua vinculação aos demais colegitimados, na medida em podem eventualmente discordar do quanto avençado.

Uma primeira linha argumentativa seria considerar que a mera discordância ou não aceitação do compromisso de ajustamento firmado por qualquer dos demais entes legitimados seria suficiente para justificar a propositura de ação civil pública. Nesta linha de raciocínio, confere-se ao termo de ajustamento natureza de “garantia mínima” a respeito da tutela coletiva, a qual sempre poderia ser buscada em seu grau máximo pelos demais colegitimados⁴⁴¹. Os únicos efeitos aos colegitimados seriam basicamente dois: permitir a execução forçada das obrigações contidas no título executivo constituído e delimitar o interesse processual do colegitimado que decidisse pela propositura de ação civil pública, na medida em que apenas estariam presentes as condições da ação naquilo em que a pretensão suplementasse as obrigações já avençadas de comum acordo. Invoca-se, para tanto, o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional⁴⁴².

⁴⁴⁰ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 249.

⁴⁴¹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 459-461; Motauri Ciochetti de Souza, *Ação civil pública e inquérito civil*, p. 63.

⁴⁴² Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 203.

No entanto, considerando que, a rigor, os compromissos de ajustamento de conduta reputados válidos deverão prever obrigações de reparação integral dos danos causados, Geisa de Assis Rodrigues conclui que “ajustada a conduta às exigências legais não há interesse jurídico em se promover a ação civil pública em relação aos fatos objeto do compromisso”⁴⁴³. Desta forma, embora possível a propositura de ação civil pública, entende que deverá ser voltada à anulação do anterior ajuste celebrado, apontando suas causas de invalidade. Por esse motivo, a ação deverá inclusive ser proposta em face do compromissário e também do comprometente, já que visa à desconstituição de ato firmado entre eles. Ou seja, não poderia a mera discordância de um colegitimado justificar a quebra do instrumento já lavrado. Acolhendo esse entendimento, Ana Luiza Nery invoca os princípios da boa-fé, vedando-se o *venire contra factum proprium*, e da segurança jurídica para justificar a impossibilidade de que um ente colegitimado possa questionar um compromisso de ajustamento de conduta a partir de sua mera discordância quanto aos termos entabulados⁴⁴⁴. Gregório Assagra de Almeida, da mesma forma, argumenta que a insegurança jurídica não pode ser estimulada e apenas serviria para enfraquecer a proteção aos interesses de todos⁴⁴⁵.

Porém, a partir da visão que se dá ao compromisso de ajustamento de conduta no presente trabalho, e considerando que a legislação recente vem autorizando maiores margens de negociação no âmbito do direito penal e administrativo-sancionador, pensamos que a vinculação do compromisso de ajustamento de conduta aos demais colegitimados não mais dependerá exclusivamente de seu conteúdo abrangente e de seus aspectos formais de validade. É preciso, no atual panorama normativo, que as entidades legitimadas à tomada de compromissos de ajustamento de conduta preocupem-se efetivamente com a participação dos demais entes e interessados diretamente relacionados com os interesses tutelados.

Com isso, não pretendemos dizer que todo e qualquer compromisso de ajustamento de conduta estará condicionado à prévia notificação de cada interessado, pois solução neste sentido inviabilizaria por completo a tomada de soluções consensuais na tutela coletiva e configuraria medida desproporcionalmente custosa à maioria dos casos concretos, que versam sobre irregularidades ou danos locais e de pouca expressividade monetária. Na verdade, o que se pretende é justificar a vinculação dos colegitimados, mas desde que tenham sido cientificados a respeito das negociações em andamento ou, ao menos, desde que os acordos

⁴⁴³ Op. Cit., p. 205.

⁴⁴⁴ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 251.

⁴⁴⁵ Gregório Assagra de Almeida, *Manual das ações constitucionais*, p. 241.

firmados tenham tido algum envolvimento do Ministério Público, dada a sua ampla representatividade perante toda a sociedade brasileira.

Nesta linha colocam-se, por exemplo, os acordos de leniência firmados por representantes do Poder Executivo e que não tenham recebido a devida publicidade, sequer mediante notificação do Ministério Público. Não se discorda que a Lei Anticorrupção tenha autorizado tais acordos, inclusive mediante concessões acerca das penalidades previstas. Porém, não somente vícios na manifestação de vontade do órgão público poderão acarretar a sua invalidade (tal como ocorreria se comprovada corrupção ou desvio de finalidade por parte dos agentes públicos subscritores do acordo). Diante do contexto constitucional de proteção ao erário e da necessária responsabilização dos responsáveis por danos a interesses difusos e coletivos, a insuficiência ou mesmo falta de razoabilidade das condições impostas justificará a sua anulação por meio de ação civil pública movida por coletivos.

Trata-se, nesses casos, em que há verdadeiras concessões por parte do tomador do ajuste, de solução intermediária àquelas expostas no início deste tópico. Com efeito, não se pretende tutelar a mera insatisfação do coletivado, mas sim a *justa* insatisfação, isto é, aquela motivada e adequadamente fundamentada na legislação vigente, ainda que não estejam presentes hipóteses de invalidade formal do título questionado.

O raciocínio exposto pode ser extraído da atualização da Súmula 4 e revogação da anterior Súmula 30 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

Súmula 4. Homologa-se arquivamento fundado em compromisso de ajustamento de conduta celebrado pelo MP ou por qualquer coletivado, desde que suficiente e adequado à defesa dos interesses transindividuais tutelados e que contenha todos os requisitos de título executivo extrajudicial, cabendo ao órgão ministerial fiscalizar seu efetivo cumprimento quando por ele celebrado ou quando houver indícios de omissão do órgão coletivado que o celebrou.

Conforme ficou assentado nos fundamentos do novo enunciado, o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelos coletivados está previsto pela legislação e deve ser seguido inclusive pelo Ministério Público. Assim, diferentemente do que preconizava a anterior Súmula 30⁴⁴⁶, previu-se que, “tomado pelo ente coletivado, não se justifica a necessidade de

⁴⁴⁶ Texto revogado da Súmula 30: “A formalização de compromisso de ajustamento de conduta entre o autor de dano ou sua ameaça a interesses difusos ou coletivos e órgão público coletivado permite o arquivamento do inquérito civil, desde que o termo atenda à defesa dos bens tutelados e contenha todos os requisitos de título executivo extrajudicial, procedendo-se nos moldes do art. 86, § 2º, no Ato 484/2006-CPJ, após a homologação do

prossequir o órgão ministerial na fiscalização do TAC, quando ausentes indícios de que o colegitimado não esteja cumprindo fielmente seu poder de polícia em relação ao caso concreto. Inexiste razão jurídica para se presumir inércia da Administração”.

Porém, ao final consta expressa advertência no sentido de caber ao Promotor de Justiça analisar o compromisso firmado por colegitimado, verificando se as obrigações assumidas são suficientes e adequadas para a reparação integral do dano. Sendo que, “caso negativo, ao invés de ser promovido o arquivamento do procedimento, deverá adotar as providências necessárias (TAC ou ACP), visando garantir a efetiva reparação integral, inclusive de eventual dano intercorrente”.

A vinculação dos compromissos de ajustamento firmado pelo Ministério Público em relação aos demais órgãos legitimados, desta forma, naturalmente tende a ser mais intensa do que no sentido contrário, na medida em que a instituição dispõe privativamente do inquérito civil, além de diversos outros instrumentos acima referidos e que permitem a ampla publicidade, transparência, exercício do contraditório, duplo grau decisório e até reexame necessário a respeito dos acordos firmados extrajudicialmente.

Aliás, em razão da expressividade do processo administrativo verificado no inquérito civil, não seria exagero considerar-se haver “coisa julgada administrativa” sobre os acordos firmados pelo Ministério Público e homologados por seus órgãos de revisão. Com efeito, a coisa julgada administrativa implica imutabilidade das decisões proferidas neste âmbito para a Administração Pública, com o efeito de impossibilitar novos recursos ou impugnações pela via administrativa, ressalvadas a apuração de vícios que recomendem anulação de seus atos pelo próprio ente público (Súmula 473 do STF). Nesta linha, desde que verificada a possibilidade de contraditório e observadas as regras quanto à publicidade dos atos procedimentais, poderia o compromissário se assegurar quanto à estabilidade do compromisso firmado, ao menos na esfera Administrativa. Claro que, diante da inafastabilidade do poder jurisdicional, não estaria a salvo de eventuais impugnações judiciais.

No tocante aos efeitos do compromisso de ajustamento de conduta com relação aos integrantes do grupo que não participaram de sua celebração⁴⁴⁷, entendemos que deverão

arquivamento”. Isto é, em razão da parte final da Súmula, era necessário que o membro do Ministério Público passasse a fiscalizar o cumprimento do TAC por ele indicado como fundamento para a promoção do arquivamento.
⁴⁴⁷ O princípio da autonomia da vontade e a Resolução 179/2017 do CNMP autorizam que pessoas físicas ou mesmo outras entidades que não estejam legitimadas para a tomada do compromisso de ajustamento de conduta possam subscrever, em conjunto, o termo que esteja sendo lavrado por algum órgão legitimado.

ser os mesmos previstos no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor quando trata da coisa julgada das sentenças coletivas. Quer dizer, a princípio, não poderão afetar os interesses e direitos individuais dos integrantes do grupo lesado naquilo em que lhes for prejudicial (103, §3º, do CDC). Porém, poderão ser inclusive por eles executados, tal como uma sentença coletiva, carecendo apenas de liquidação (arts. 96 a 99 do CDC). Gozam, portanto, de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender da espécie de interesse transindividual envolvida.

2.5.2. Acordos judiciais

Nos mesmos casos em que se admite a tomada de compromisso de ajustamento de conduta, se já proposta alguma ação judicial, seja pelo Ministério Público ou por um colegitimado, também se admite que haja composição judicial. “Como os órgãos públicos legitimados podem tomar extrajudicialmente compromissos de ajustamento de conduta do causador do dano, também podem ajustar idêntica medida com o réu em juízo”⁴⁴⁸.

Porém, cumpre lembrar que o rol de legitimados ativos para a propositura de ações civis públicas é mais extenso que o rol de legitimados para tomada de compromissos de ajustamento de conduta extrajudiciais. Portanto, também as associações, sociedades de economia mista e empresas públicas poderão firmar acordos quando já existente uma ação judicial em curso. É evidente que, nesses casos, o Ministério Público deverá ser obrigatoriamente intimado sobre a solução que se pretende, sob pena de nulidade da decisão que eventualmente homologar a transação.

Todavia, nesses casos, o controle a respeito da solução consensualmente obtida não mais pertencerá ao Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão, mas ao próprio Poder Judiciário. Realmente, apesar da polêmica doutrinária sobre o tema⁴⁴⁹, vem prevalecendo a solução contida na Súmula 25 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista: “não há intervenção do Conselho Superior do Ministério Público quando a transação for promovida pelo Promotor de Justiça no curso de ação civil pública ou coletiva”; solução idêntica foi prevista no art. 6º, §1º, da Resolução 179/2017 do CNMP. Dessa forma, a eventual

⁴⁴⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 318.

⁴⁴⁹ Assumindo posição minoritária, Hugo Nigro Mazzilli propõe que “se o órgão do Ministério Público celebrar transação no curso de ação civil pública, *sponte propria* deve ter a cautela de ouvir previamente o colegiado competente” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 466).

discordância dos colegitimados ou interessados deverá se dar no próprio processo judicial em andamento, por meio de recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação.

Com relação aos efeitos da decisão homologatória, serão eles ordinariamente previstos para as sentenças coletivas. Uma vez que as sentenças homologatórias resolvem o mérito (art. 487, inciso III, alínea “b”, do CPC), haverá coisa julgada material e, cuidando-se de sentença coletiva, dela decorrerá a vinculação aos terceiros integrantes do grupo representado, isto é, acarretando efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso, à luz do art. 103 do CDC.

Até agora com pouca incidência nos casos concretos, como aponta o resultado de pesquisas realizadas por Geisa de Assis Rodrigues e coordenadas por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁴⁵⁰, no sentido de que em apenas 1,14% das ações civis públicas objeto da pesquisa houve celebração de acordo judicial, espera-se que as diretrizes do CPC vigente desde o ano de 2016 possa modificar esse cenário. De fato, as disposições sobre a audiência de conciliação ou mediação na fase inicial do processo (arts. 334 e ss.) também são aplicáveis aos procedimentos das ações civis públicas⁴⁵¹, sendo que somente não se realizarão se ambas as partes manifestarem seu desinteresse ou se a demanda não admitir autocomposição, o que, como visto, é raro, mesmo em se tratando da tutela de direitos transindividuais.

Porém, mais do que o procedimento, mostra-se necessária a modificação da filosofia dos operadores do direito, aqui incluídos os membros do Ministério Público. Na linha defendida no presente trabalho e estimulada pelo art. 3º do novo CPC, somente a implementação de uma verdadeira cultura voltada à negociação e às soluções consensuais pela instituição poderá também alterar o contexto processual atualmente verificado no âmbito da tutela coletiva.

2.5.3. Convenções processuais nos termos de ajustamento de conduta

Sempre houve no direito processual brasileiro o reconhecimento de negócios jurídicos processuais, tal como a possibilidade de eleição de foro. Porém, o CPC-2015 inovou a estabelecer a possibilidade de convenções processuais atípicas, no art. 190, ao dispor que, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e

⁴⁵⁰ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 219.

⁴⁵¹ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 552.

convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Por convenção (ou acordo) processual, entende-se o “negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”⁴⁵². De acordo com classificação apresentada por Antonio do Passo Cabral, podem ser classificadas em “acordos de disposição”, quando tratam de modificações processuais ou procedimentais, ou “acordos obrigacionais”, que possuem efeitos abdicativos e não alteram o procedimento, mas criam, modificam ou extinguem obrigações de comporta-se de determinada forma no processo⁴⁵³.

Neste contexto, na medida em que o compromisso de ajustamento de conduta corresponde a um instrumento de autocomposição, é possível que o Ministério Público e o compromissário também estipulem cláusulas dispendo sobre modificações no eventual procedimento judicial, para o caso de no futuro ser necessária a propositura de ação coletiva⁴⁵⁴.

Assim foi reconhecido pelo CNMP, na Resolução 118/2014, a qual recomenda o emprego de convenções processuais sempre que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes. Tais convenções deverão ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, servindo como instrumento de pacificação dos relacionamentos e podendo ser documentadas como cláusulas de termos de ajustamento de conduta (arts. 15 a 17).

Além disso, também não há qualquer óbice a que a Fazenda Pública, em tese, participe de negócio processuais ou convenções sobre o processo⁴⁵⁵, visto que eventual indisponibilidade do interesse público envolvido não configura impedimento à sua autocomposição, o que também autoriza a celebração de convenções processuais.

Contudo, no tocante ao seu objeto, evidentemente as convenções processuais não podem apresentar objeto ilícito (art. 104, inciso II, do código civil). Assim, as normas processuais cogentes não poderão ser derogadas pelas partes em sede de autocomposição: não

⁴⁵² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, p. 68.

⁴⁵³ Op. Cit., pp. 72-73.

⁴⁵⁴ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 554.

⁴⁵⁵ Enunciado 256 do FPPC: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”. Na mesma linha, Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, p. 233.

poderão pactuar sobre o cabimento de novos recursos ou hipóteses recursais, prever novos casos de cabimento de mandado de segurança, estipular sigilo fora das exceções legalmente previstas, dispensar motivação das decisões judiciais, disciplinar sobre competência absoluta, suprimir contraditório, dentre outras situações vedadas⁴⁵⁶.

Assim, dentre as possibilidades de convenções processuais em compromissos de ajustamento de conduta, vislumbram-se os seguintes exemplos: (i) regulamentação das hipóteses de execução provisória, com permissão antecipada acerca de determinados atos de penhora; (iii) disciplina sobre o pagamento de despesas periciais, caso seja necessária tal prova⁴⁵⁷; (iv) sugestão de calendário, para hipótese de propositura de futura ação civil pública; (v) calendarização do próprio inquérito civil; (vi) regulamentação de assistente técnico a ser indicado pelo investigado; (vii) distribuição de ônus da prova⁴⁵⁸; e, pensamos, (viii) até mesmo disposições acerca de matérias de defesa que poderiam, ou não, ser alegadas em sede de eventuais embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, desde que o compromissário possa renunciar a tais direitos e ônus processuais.

2.5.4. Recomendações administrativas

As recomendações administrativas a serem expedidas pelo Ministério Público estão previstas no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93 e no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/93. Além disso, o CNMP, na Resolução 23/2007, que regulamenta o inquérito civil, previu a possibilidade de expedição de recomendações no bojo de um inquérito civil ou procedimento preparatório, visando à “melhoria dos serviços públicos e de relevância pública bem como aos demais interesses, direitos e bens” cuja defesa caiba ao *Parquet*. Logo, identifica-se a utilidade das recomendações junto às funções de *ombudsman* do Ministério Público brasileiro, correspondendo a um instrumento ágil de adequação de posturas frente a obrigações legalmente já previstas.

Após colhidas informações por meio do inquérito civil ou até mesmo de uma audiência pública, o membro do *Parquet* poderá identificar a necessidade de recomendar a adequação de posturas, sejam pertinentes a todo objeto da investigação em curso ou apenas parcialmente relacionadas. Se a recomendação for suficiente para sanar todas as irregularidades identificadas, com a notícia de que foi atendida pelo seu destinatário, será promovido o

⁴⁵⁶ Fernando Gajardoni, *Comentários*, p. 617.

⁴⁵⁷ Marcos Stefani, *O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual*, P. 220.

⁴⁵⁸ Antonio do Passo Cabral, *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*, p. 205.

arquivamento do procedimento respectivo⁴⁵⁹. Caso contrário, restarão outras vias, incluindo a possibilidade de propositura de ação civil pública.

Em seu aspecto formal, as recomendações deverão indicar sua motivação (o que normalmente se dá por meio de “considerandos”, à semelhança dos compromissos de ajustamento de conduta) e as medidas a serem tomadas visando à adequação dos serviços ou das posturas verificadas irregulares. Além disso, poderá haver indicação de prazo para cumprimento, requisição de sua divulgação adequada e imediata, além da exigência de resposta escrita⁴⁶⁰. Em razão das normas contidas na Lei Orgânica Nacional e na Lei Orgânica do Ministério Público da União sobre as recomendações expedidas pelo *Parquet*, “a decisão da autoridade administrativa passa a ter de levar em conta as recomendações que lhe foram enviadas pelo Ministério Público, seja para acolhê-las, seja para recusá-las, de acordo com seu critério”⁴⁶¹. Portanto, embora não seja vinculante à Administração, as recomendações possuem inegável expressividade, sendo que “as repercussões deste ato ministerial são fortes e abrangentes, apresentando-se nítida e grande dose de poder estatal sendo atuado”⁴⁶².

A esse respeito (ausência de vinculação), talvez aqui se encontre o ponto de maior diferenciação entre as hipóteses que indicam o emprego da recomendação ou do compromisso de ajustamento de conduta: por meio da recomendação, ato unilateral do membro do Ministério Público, não podem ser criadas obrigações novas, mas apenas indicados a forma e o modo de cumprimento de determinações que já tiverem sido legalmente disciplinadas⁴⁶³. Além disso, não gozam de força coercitiva, pois não instituem títulos executivos. Através do

⁴⁵⁹ De acordo com a Súmula 36 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: “homologase promoção de arquivamento fundado na suficiência das medidas administrativas adotadas visando à cessação e reparação integral dos danos ou eliminação do risco concreto de lesão a interesses transindividuais”.

⁴⁶⁰ Conforme previsto no art. 27 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: (...) IV - promover (...) recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

⁴⁶¹ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 356.

⁴⁶² José Carlos Baptista Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de Justiça*, p. 172.

⁴⁶³ Embora parte da doutrina entenda possível a expedição de recomendações envolvendo decisões discricionárias ou políticas da Administração (por todos, Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 355), entendemos que as recomendações deveriam se restringir aos casos em que haja normas vigentes amparando as condutas que se pretende serem implementadas pelo destinatário. Caso contrário, haverá inegável risco de indevida ingerência do Ministério Público sobre questões cujas deliberações sejam políticas e discricionárias por parte do administrador. Ou, ainda, tratando-se de “meras recomendações”, corre-se o risco de que não sejam atendidas pelo administrador e, na sequência, não possam ser objeto de ação civil pública visando à sua implementação forçada, desmoralizando a instituição perante a comunidade afetada. Nesse sentido, no Ato 484-CPJ, do Ministério Público de São Paulo (o qual regulamenta o inquérito civil), consta que “a recomendação é instrumento destinado à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social” (art. 5º).

compromisso de ajustamento de conduta, porém, na medida em que há anuência e manifestação de vontade por parte do compromissário, serão pactuadas novas obrigações, ainda que também já previstas na legislação.

Por isso, se já decorrida a lesão a um interesse transindividual, a necessidade de recomposição do bem jurídico ao *status quo ante* ou, se houver dano extrapatrimonial, de definição de sua compensação, recomenda que seja tomado um compromisso de ajustamento de conduta, como instrumento consensual – e não meramente expedida uma recomendação administrativa. Através de um TAC, serão tratados os limites da responsabilidade do compromissário e a extensão dos danos a ser objeto de recomposição ou ressarcimento⁴⁶⁴, mediante obrigações certas e líquidas que poderão ser coercitivamente impostas no caso de inadimplência.

Em situações preventivas, em que seja clara a obrigação por parte do destinatário da norma, a recomendação administrativa expedida pelo Ministério Público servirá tanto para prevenção do dano quanto para futura demonstração do dolo do agente, se insistir na conduta ilícita. Assim ocorre, por exemplo, quando o promotor de Justiça toma conhecimento sobre a publicação de um edital de licitação contendo cláusulas restritivas da competição entre os possíveis licitantes. Normalmente, bastará que se recomende a adequação do texto, sendo desnecessária a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta para tanto, visto que se trata de um ato único (a publicação daquele determinado edital), cujas normas aplicáveis são bastante evidentes para o administrador público. Por outro lado, como ainda se trata de um momento preparatório, com a possibilidade de exercício da autotutela da Administração pública, seria excessiva a propositura de uma ação judicial, a qual inclusive dificilmente seria julgada em definitivo no breve período entre a publicação do edital e a realização do certame.

Aliás, a prévia expedição da recomendação administrativa poderá, na realidade, fortalecer eventuais pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, demonstrando que anteriormente já se tentou a resolução consensual daquele conflito conforme o bom direito, caso a insistência por parte do agente público leve à judicialização da questão pelo Ministério Público. Como arremata Hugo Nigro Mazzilli, “quando no zelo dos princípios gerais da Administração, o relatório ou as conclusões ministeriais versarem sobre matéria cuja solução esteja regida pelo critério da legalidade, as recomendações deverão então ser formalmente

⁴⁶⁴ Ana Luiza de Andrade Nery, *Compromisso de ajustamento de conduta*, p. 200.

encaminhadas, seja para prevenir responsabilidades, seja principalmente para que o responsável aja, sob as penas da lei”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 355.

3. EMPREGO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS A CONTROVÉRSIAS TRANSINDIVIDUAIS

3.1. Política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público: a Resolução 118/2014 do CNMP

O Ministério Público brasileiro, na atual fase histórica e social, deve se pautar como legítimo representante da sociedade civil, na medida em que o modelo instituído em 1988 atribui finalidades institucionais bastante claras nesse sentido, conferindo a seus integrantes garantias suficientes para o enfrentamento dos temas caros a toda sociedade brasileira, incluindo a atuação ativa para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da busca de erradicação da pobreza e da marginalização, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Cada vez mais, a instituição vem se distanciando das funções inicialmente atribuídas ao “procurador do Rei” (representatividade do Estado, nos seus interesses públicos secundários) e aproximando-se da figura do *ombudsman*.

Dessa forma, a instituição mais uma vez precisa evoluir e se preparar para os anseios da sociedade na atualidade. No que tange ao acesso à justiça, necessita, portanto, rever seus modelos de atuação, a fim de que possa estimular e promover cada vez mais métodos extrajudiciais de solução de conflitos, evitando-se a judicialização como método universal de pacificação. Necessita, assim, inserir-se no âmbito de um sistema multiportas, seja estimulando os métodos alternativos já existentes, seja inovando ao criar novos métodos ou adaptar aqueles já existentes.

No atual contexto, os movimentos do Ministério Público estão a levá-lo em direção à pacificação social como escopo de trabalho, através do diálogo e do atendimento de partes.

A Constituição de 1988, no seu preâmbulo, previu o bem-estar como objetivo maior de toda a sociedade. Dessa forma, como instituição a favor da tutela dos interesses da sociedade, também ao Ministério caberá a busca do bem-estar social, principalmente por meio da busca da paz, impedindo a formação, o incremento ou a perpetuação de conflitos, controvérsias e de problemas entre as pessoas. Evidente que, nesse contexto, a propositura de ações judiciais realmente deixa de ser prioridade de atuação ministerial, pois, em regra, pressupõe justamente um conflito. Ganha espaço, por outro lado, os métodos autocompositivos

de solução de conflitos, conhecidos na sua origem inglesa como *alternative dispute resolutions* (ADRs) ou, na versão traduzida, “métodos alternativos de solução de conflitos” (MASCs). Na base de tais métodos está a negociação.

Assim, mostra-se imprescindível que novas interpretações sejam adotadas em relação às normas que tratam da atuação extrajudicial do Ministério Público na tutela de interesses e direitos transindividuais, visto que, além de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, a resolução de conflitos coletivos de modo consensual implica maior eficiência na proteção dos interesses envolvidos e também maior pacificação social.

A partir dos anos 80, teve início uma sequência de dispositivos legais que atribuíram ao Ministério Público crescente papel na solução extrajudicial dos conflitos coletivos. Com o art. 55 da Lei 7.244/1984⁴⁶⁶, foi introduzida a possibilidade de um instrumento escrito pelo Ministério Público constituir título executivo extrajudicial. Alguns anos depois, já durante a vigência da Constituição de 1988, as Leis 8.069/90 e 8.078/90 (acrescentando o §6º ao art. 5º da Lei 7.347/85) instituíram o *compromisso de ajustamento de conduta*, a ser firmado entre os órgãos públicos legitimados para a ação civil pública e os causadores do dano ou da ameaça de dano a interesses e direitos difusos ou coletivos.

Ao contrário do *acordo* firmado no âmbito do Juizado de Pequenas Causas e disciplinado pelo art. 55 da Lei 7.244/1984, na realidade uma transação entre partes capazes, o *ajustamento de conduta* permitiu ao Ministério Público – e aos demais entes públicos legitimados para a propositura de ação civil pública – desenvolver soluções extrajudiciais para conflitos envolvendo interesses e direitos transindividuais⁴⁶⁷.

Além das citadas referências legais, o compromisso de ajustamento de conduta também foi previsto pela Lei 8.884/94 (acerca da possibilidade de tal instrumento para cessação de atividades de empresa investigada por infração à ordem econômica) e pela Lei 9.605/98,

⁴⁶⁶ “Valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”. Nesse sentido, conferir Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública*, p. 86.

⁴⁶⁷ No que se refere ao objeto do compromisso de ajustamento de conduta, foi possível identificar claramente sua possibilidade de tutelar interesses e direitos transindividuais relacionados com o meio ambiente, relações consumeristas e atividade econômica. Além disso, como regra geral, é possível se entender que o compromisso de ajustamento de conduta poderá versar sobre quaisquer dos interesses e direitos difusos e coletivos descritos no artigo 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública): “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica; e VI – à ordem urbanística”.

com redação alterada pela MP 1.949-28/2000 (regulamentando o ajustamento de conduta pelos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente).

Após a instituição do Conselho Nacional do Ministério Público, foram promovidos estudos, firmados convênios com outras instituições, editadas resoluções e estímulo ao aperfeiçoamento profissional voltados à autocomposição.

Por meio de sua Resolução 23/2007, posteriormente alterada pelas Resoluções 35/2009 e 59/2010, o CNMP buscou disciplinar a instauração e a tramitação de inquéritos civis no âmbito do Ministério Público, com disposições a respeito do compromisso de ajustamento de conduta, havendo ainda Resoluções ou outros atos normativos editados por cada um dos Ministérios Públicos.

Desde então, está havendo um movimento de implementação de uma verdadeira política nacional de incentivo à autocomposição, notadamente por meio dos seguintes atos: (i) o acordo de cooperação técnica 14/2012, celebrado entre o Ministério da Justiça, com interveniência da Secretaria de Reforma do Judiciário, e o Conselho Nacional do Ministério Público; (ii) a Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, dispondo sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público; (iii) a Recomendação 54, de 28 de março de 2017, traçando diretrizes para a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro; (v) a Resolução 179, de 26 de julho de 2017, disciplinando a tomada do compromisso de ajustamento de conduta; e (vi) a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que promoveu a atualização da regulamentação sobre o procedimento investigatório criminal (PIC) a cargo do Ministério Público.

Em 2012, sensível à necessidade de se intensificar a utilização de meios alternativos de solução de conflitos na tutela dos interesses e direitos transindividuais, o Conselho Nacional do Ministério Público firmou o acordo de cooperação técnica 14/2012 junto ao Ministério da Justiça, tendo como objeto “a conjunção de esforços dos partícipes no sentido de desenvolvimento de uma política de democratização do acesso à justiça por meio da realização de cursos de Aperfeiçoamento em Técnicas de Mediação e Composição de Conflitos e de Direitos Humanos”. Dentre as metas traçadas na Cláusula Segunda do acordo, está a “realização de atividades que possibilitem a construção de uma nova cultura à pacificação dos conflitos já judicializados ou não”.

Posteriormente, apontando como justificativas “a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável”, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, dispondo sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Na Resolução 118, houve referência às seguintes práticas autocompositivas no âmbito do Ministério Público: a) negociação; b) mediação; c) conciliação; d) práticas restaurativas; e e) convenções processuais.

Em síntese, a negociação foi recomendada como método de solução de controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como colegitimado ativo na defesa de interesses transindividuais. A mediação e a conciliação foram citadas como relevantes métodos nas hipóteses de intervenção ministerial como fiscal da lei, adotando-se práticas restaurativas quando seja viável a busca da reparação dos efeitos de eventual infração por intermédio da harmonização entre o autor do fato danoso e a vítima. Em relação às convenções processuais, são indicadas para hipóteses em que a adaptação e a flexibilização procedimental sejam importantes para proteção dos interesses subjacentes, com indicação de que devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, podendo ser incluídas como cláusulas em termos de ajustamento de conduta.

A Resolução 118, ao dispor sobre a política nacional de incentivo à autocomposição, pretendeu traçar as diretrizes sobre como os membros do Ministério Público poderiam utilizar os meios alternativos de solução de conflitos mais conhecidos (embora, na época, final de 2014, o novo CPC ainda não estivesse em vigor). Em sua fundamentação, a Resolução citou a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas como instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios. Ademais, atendendo aos novos influxos dos movimentos de acesso à Justiça, bem indicou que o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo, visto que, além do acesso ao Judiciário, deve incorporar o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos, acrescentando que o próprio acesso ao Ministério Público consiste em garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais.

Dessa forma, a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público está fundada nos seguintes fundamentos e objetivos:

- acesso à Justiça como garantia constitucional de acesso não somente ao poder Judiciário, mas também a mecanismos e meios autocompositivos adequados (sistema multiportas);
- acesso ao Ministério Público como garantia constitucional de proteção e efetivação de direitos;
- consideração do Ministério Público como instituição permanente, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;
- contínuo estímulo, apoio, difusão e aprimoramento das práticas autocompositivas pelo Ministério Público, aqui se incluindo, mas não se limitando a tanto, a negociação, a mediação e a conciliação;
- implementação de uma cultura da paz e do empoderamento social, que priorize o diálogo e o consenso na resolução de conflitos, controvérsias e problemas no âmbito do Ministério Público; e
- foco na prevenção e na redução da litigiosidade no tocante a todas as áreas de atuação: cível, criminal e tutela dos direitos transindividuais.

Para consecução dos objetivos indicados, especialmente implementação de projetos e reformas normativas de incentivos à autocomposição, a Resolução 118 do CNMP atribuiu a si próprio as seguintes ações (art. 6º):

- propor e promover a realização de seminários, congressos e outros eventos;
- promover a articulação e a integração com outros projetos e políticas sobre essa temática, desenvolvidos pelos Poderes Executivo, Judiciário, Legislativo e pelas instituições que compõem o sistema de Justiça;
- mapear as boas práticas nessa temática e incentivar a sua difusão;
- realizar pesquisas sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos;
- e
- promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos.

Direcionando atribuições no mesmo sentido às diversas unidades e ramos do Ministério Público brasileiro (art. 7º):

- o desenvolvimento da Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público;
- a implementação, a manutenção e o aperfeiçoamento das ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;
- a promoção de capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores nos mecanismos autocompositivos de tratamento adequado de conflitos, controvérsias e problemas;
- a realização de convênios e parcerias para atender aos fins da Resolução 118/2014;
- a inclusão, no conteúdo dos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público e de servidores, dos meios autocompositivos de conflitos e controvérsias;
- a manutenção de cadastro de mediadores e facilitadores voluntários, que atuem no Ministério Público, na aplicação dos mecanismos de autocomposição dos conflitos; e
- a criação de Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição, compostos por membros, cuja coordenação será atribuída, preferencialmente, aos profissionais atuantes na área.

A Recomendação 54/2017, e as Resoluções 181/2017 e 179/2017⁴⁶⁸ decorrem da política nacional de incentivo à autocomposição promovida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, na medida em que estimulam soluções consensuadas em todas as esferas de atuação ministerial, incluindo aquelas sobre matéria criminal e de tutela coletiva (até mesmo em relação à repressão ao ato de improbidade administrativa). Portanto, a intenção é modificar a forma de atuação dos membros do Ministério Público em cada uma de suas diversas unidades, de modo que seja realmente substituída a cultura do litígio pela cultura da paz, tal como pregado por Kazuo Watanabe⁴⁶⁹ há quase duas décadas.

⁴⁶⁸ Vide itens 1.2.5.2., 2.1.9 e 2.5.1.

⁴⁶⁹ Kazuo Watanabe, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*.

3.2. Exemplos de programas de incentivo a MASCs promovidos pelo Ministério Público

Atendendo a essas diretrizes, e ainda sob o art. 32 da Lei 13.140/2015 (a Lei da Mediação), o Governo do Estado de Minas Gerais e a Procuradoria-Geral de Justiça editaram a Resolução Conjunta EMG/PGJ 1, de 11 de setembro de 2015, instituindo uma Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos “destinada ao tratamento consensual, nos limites da lei e na estrita defesa do interesse público, de conflitos judiciais e extrajudiciais entre o Estado de Minas Gerais, por si ou por meio de sua Administração direta ou indireta, e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais”.

Por meio da Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos instituída em Minas Gerais, permite-se a adoção de diversas medidas, inclusive preventivas, visando à redução da litigiosidade e dos conflitos que envolvem o Poder Público de um modo geral, até mesmo no âmbito coletivo, com possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de conduta. “Trata-se, seguramente, de uma iniciativa alentadora, num cenário em que devemos contribuir para a superação interna aos meios autocompositivos em nossas instituições, corporações e na sociedade civil”⁴⁷⁰.

Há diversos outros exemplos, incluindo centros de mediação.

No Amapá, o “Programa MP Comunitário” foi implantado em 2010 como instrumento de mediação de conflitos. Procuradores, promotores, servidores, voluntários e parceiros deslocam-se até bairros da capital ou municípios diversos no Estado, sendo que o programa conta com dois ônibus (unidades móveis) adaptados para atendimento à população. Os veículos foram adquiridos mediante convênio com o Ministério da Justiça. O objeto do programa é estimular formas alternativas de solução de conflitos individuais ou coletivos, tendo como foco essencial a mediação⁴⁷¹.

No Rio de Janeiro, o Grupo de Mediação e Resolução de Conflitos - GMRC - funciona dentro da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça do MPRJ e tem por objetivo auxiliar as partes em conflito a solucionarem as questões controvertidas por meio, essencialmente, da mediação, isto é, mediante “facilitação de diálogo e desconstrução de conflitos com aplicação de metodologias selecionadas caso a caso”⁴⁷². Há atuação ampla do

⁴⁷⁰ Luciano Badini, *Reflexões sobre a negociação e mediação para o Ministério Público*, p. 235.

⁴⁷¹ Informações disponíveis em <http://www.mpap.mp.br/o-que-e-mp-comunitario>. Acesso em 11/10/2017.

⁴⁷² Disponível em <http://www.mprj.mp.br/web/guest/todos-projetos/mediacao>. Acesso em 11/10/2017.

Grupo, incluindo a possibilidade de mediação na tutela coletiva de meio ambiente, saúde pública, consumidor e políticas públicas, cível, família, infância e juventude, mediação escolar, JECRIM, violência doméstica, além dos conflitos de vizinhança. Quanto ao seu funcionamento, pode iniciar-se mediante provocação interna, por encaminhamento de promotores ou procuradores de Justiça, ou externa, pois qualquer pessoa, órgão ou instituição que esteja envolvida(o) em conflito poderá solicitar ação do Grupo para auxílio na resolução da controvérsia.

No Estado de São Paulo, desde 2010 funciona o “Programa Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar”, realizado pela Promotoria de Justiça Criminal de Santana. O propósito do programa é intervir nos conflitos originados de infrações penais de menor potencial ofensivo, disciplinados pela Lei 9.099/95, e caracterizados pelo envolvimento de pessoas com relação continuada, buscando o restabelecimento do diálogo, a transformação dos mediados e a paz social. Em síntese, após seleção de casos pelos próprios promotores de Justiça criminais de Santana, as partes são convidadas a participarem dos encontros de mediação (que duram, em média, quatro sessões) nas instalações da Promotoria de Justiça e ali recebem atendimento de mediadores voluntários e alunos dos cursos de mediação, assistidos por professores/supervisores. Os casos não decorrem somente da denominada violência doméstica de gênero, mas inclusive são oriundos de conflitos entre pais e filhos, contra idosos, entre vizinhos, entre colegas de escola, entre locador e locatário e do ambiente de trabalho, por exemplo. De acordo com as informações divulgadas, as mediações surtem efeito expressivo: os casos encerrados com êxito em mediação foram da ordem de 64%, 67% e 68%, respectivamente, nos anos de 2010, 2011 e 2012⁴⁷³.

Projeto parecido foi iniciado pela promotoria de Justiça de Santa Amaro, também na capital paulista, desde 1º de julho de 2011, denominado “Mediação para Idosos”. O objetivo é “atender famílias com idosos em situação de abandono, fomentando, por meio da reflexão e do diálogo, melhores relações entre todos os conviventes a fim de que a situação de risco possa ser eliminada”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Informações disponíveis em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar. Acesso em 11/10/2017.

⁴⁷⁴ Informações disponíveis em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/mediacao_para_idosos/Projeto%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20para%20Idosos%20do%20Foro%20Regional%20de%20Sto%20Amaro.pdf. Acesso em 11/10/2017.

O Ministério Público do Ceará, desde 2007, iniciou o “Programa dos Núcleos de Mediação”, criado pela Resolução n. 1, de 27 de junho de 2007. Em síntese, busca-se estimular a formação de Núcleos de Mediação Comunitária nos municípios do estado, por meio de parcerias entre o Ministério Público e entidades públicas e privadas⁴⁷⁵.

A partir de tais programas, verifica-se que as iniciativas até o momento adotadas pelo Ministério Público, na sua maioria, referem-se à mediação comunitária, quer dizer, disponibilização de um relevante método de solução de controvérsias oriundas de relações humanas cotidianas desgastadas, no entanto, muitas vezes familiares. Trata-se, sem dúvida, de situações que seriam mal resolvidas através de soluções adjudicadas, pois demandam maior diálogo e reflexão por parte dos envolvidos como meio de se chegar à pacificação.

Contudo, faz-se necessário envidar esforços para que também os conflitos coletivos sejam solucionados de modo consensual e extrajudicial, de modo que, a partir dos próximos tópicos, abordaremos a possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de conflitos como métodos de resolução de questões transindividuais. Sendo que, no capítulo anterior, já tivemos a oportunidade de tecer alguns comentários a respeito dos principais instrumentos de concretização dessas eventuais soluções consensuadas.

3.3. Meios alternativos de solução de conflitos (ADR ou MASCs): sistemas de solução multiportas (“*multidoor courthouse*”)

3.3.1. Origem da terminologia empregada

A expressão “meios alternativos de solução de conflitos” corresponde à tradução de *alternative dispute resolution* (ADR), cuja autoria é atribuída a Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, e foi pela primeira vez mencionada durante a *National conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*, realizada em Minneapolis, nos Estados Unidos, em 1976, posteriormente objeto de publicação sob o artigo *Varieties of dispute processing*.

Durante sua apresentação na conferência, o professor Sander expôs suas conclusões no sentido de que nem todas as espécies de litígios são eficazmente resolvidas pelo sistema processual tradicional. Segundo entendia, algumas disputas deveriam ser submetidas a

⁴⁷⁵ Informações disponíveis em <http://www.mpce.mp.br/institucional/nucleos-de-apoio/programa-dos-nucleos-de-mediacao/>. Acesso em 11/10/2017.

juízo jurisdicional. No entanto, outras situações deveriam ser encaminhadas à arbitragem, mediação ou outro mecanismo mais adaptado ao litígio. Com experiência e estudos pretéritos nas áreas de direito de família, tributário e trabalhista, além de atuação em arbitragens, o autor notou que as disputas em cada uma dessas áreas do direito demandavam procedimentos distintos, decorrentes de suas particularidades, conforme expôs durante a conferência:

(...) there is a rich variety of different processes, which, I would submit, singly or in combination, may provide for more “effective” conflict resolution.

Let me turn now two questions with which I wish to concern myself:

1. What are the significant characteristics of various alternative dispute resolution mechanisms (such as adjudication by courts, arbitration, mediation, negotiation, and various blends of these and other devices)?
2. How can these characteristics be utilized so that, given the variety of disputes that presently arise, we can begin to develop some rational criteria for allocating various types of disputes to different dispute resolution processes?⁴⁷⁶.

Naquela época, uma matéria jornalística sobre a conferência trouxe, na versão impressa, a imagem de um tribunal com diversas portas, quando então também surgiu a expressão “sistema multiportas” (derivada do original *multidoor courthouse*)⁴⁷⁷.

Composto um comitê pela *American Bar Association* para estudo do assunto, foram identificados três programas experimentais em Tulsa (Oklahoma), Houston (Texas) e Corte Superior de Washington (DC). A entidade então concluiu que os objetivos de tais experimentos era providenciar acesso à Justiça facilitado, reduzir ou eliminar a frustração dos jurisdicionados e desenvolver programas para preencher lacunas no próprio serviço, disponibilizando-se mais portas pelas quais os conflitos poderiam ser solucionados.

Essas ideias foram também desenvolvidas pela Corte Superior do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, a partir de 1985, quando se implementou um sistema multiportas. Tratava-se, na sua origem, da previsão de um sistema de triagem preliminar de litígio, mediante a instalação de departamento contendo uma mesa de entrada (*intake*) e um centro de diagnóstico. Ali, técnicos especializados analisavam os conflitos, naquele momento inicial colhendo os relatos dos próprios interessados, para então, na sequência, a partir do contexto trazido, orientar as partes sobre o meio mais adequado para resolução do conflito narrado. Caso o especialista não conseguisse conciliar as partes, fazia o seu encaminhamento a serviços ou entidades apropriadas ao tipo de conflito.

⁴⁷⁶ Frank Sander, *Varieties of dispute processing*.

⁴⁷⁷ Michael L. Moffitt, *Before the big bang: the making of an ADR pioneer*, p. 438.

O intuito era justamente permitir aos interessados adequado e fácil acesso à Justiça, mostrando-lhes opções quanto às técnicas para solução dos conflitos, além da via judicial tradicional, especialmente a mediação, a conciliação e a arbitragem. Ao final, haveria a celebração de acordos que permitiam solucionar esses conflitos e, ao mesmo tempo, preservar as relações entre as partes. Diante da maior celeridade e facilidade, também economizava-se tempo e recursos financeiros. Ainda em 1985, foi implementado um programa de solução de pequenas causas, com valor inferior a cinco mil dólares americanos.

Em razão do sucesso dos programas, depois de apenas quatro anos, em 1989, o presidente da Corte, Chief Judge Fred B. Ugast, o elevou como divisão operacional do Tribunal, denominada *The Multi-Door Dispute Resolution Division*. No ano de 2016, somente o “programa de pequenas causas” foi responsável pela solução extrajudicial de 62% dos litígios ali recebidos (cujo patamar de corte atualmente equivale a vinte e cinco mil dólares americanos). Também continua disponível o “programa de mediação familiar”, igualmente iniciado em 1985. Nos dias de hoje, são diversos os programas existentes, inclusive a respeito de assuntos tributários, os quais, em conjunto, foram responsáveis pela solução de mais de 8.000 conflitos no ano de 2016⁴⁷⁸.

Contudo, cabe lembrar que os ADRs sempre coexistiram com o sistema judicial estatal, não sendo exatamente uma criação do século XX, visto que historicamente houve mecanismos formais e centralizados de justiça, junto ao Estado, paralelos à existência de técnicas mais informais, com reduzida ou nenhuma participação estatal.

No direito romano, berço de nosso sistema jurídico, o modelo formal – e que posteriormente muito influenciou o direito europeu – decorre do período republicano, sendo que até então havia mecanismos informais de solução dos litígios existentes, como a “justiça popular” e o *flagitatio*. Porém, mesmo depois de desenvolvido tal procedimento formal⁴⁷⁹, o

⁴⁷⁸ Disponível em <https://www.dccourts.gov/sites/default/files/MultiDoor-PDFs/2016%20Program%20Summary.pdf>. Acesso em 08/09/2017.

⁴⁷⁹ De modo resumido, a evolução do processo romano se fez em quatro momentos: a) fase da vingança privada, em que predominava a lei de Talião; b) fase do arbitramento facultativo, que perdurou por toda a evolução do direito romano; c) fase do arbitramento obrigatório, mediante o sistema de ações da lei e o processo formulário, quando o Estado passou a obrigar o litigante a escolher árbitro que determinaria a indenização a ser paga pelo ofensor e a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la. Nesse momento, vigorou o *ordo indiciorum priuatorum* (ordem dos processos civis), por meio do qual a instância se dividia em duas fases sucessivas: a *in iure* (no tribunal do magistrado) e a *apud iudicem* (diante do *iudex*, que era um particular escolhido pelos litigantes); e d) fase da justiça pública (*cognitio extraordinaria*), desenvolvida inteiramente perante um juiz, na qualidade de funcionário do Estado. Vide José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp. 183-184.

direito romano não eliminou de pronto a possibilidade de que as partes firmassem *transactio*⁴⁸⁰, inclusive após já iniciado o procedimento perante o *iudex*.

Nesse contexto, a respeito da evolução recente no direito estadunidense, pode-se mencionar o *ADR movement* como

fruto dos movimentos sociais que realçaram a vida em comunidade e a afirmação dos direitos civis. (...) o *ADR movement* pôs em destaque aquilo que é mesmo intuitivo: a resolução das controvérsias pode ser obtida fora do ambiente do Poder Judiciário e muitas vezes não depende dele. Foi assim que na década de 1960 do século XX surgiram iniciativas como o *Civil Rights Act Congress*, de 1964, que estabeleceu o *Community Relations Service* no âmbito do Ministério de Justiça norte-americano, sem dizer do *Nation Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*, criados pela Fundação Ford⁴⁸¹.

Há, ainda, quem afirme que essa recente consolidação dos ADR's decorre de suas vantagens aos setores econômicos, em razão de sua maior praticidade e economicidade em relação ao processo judicial estatal, o que de certo modo bastante favorece o ambiente empresarial⁴⁸².

3.3.2. Os meios alternativos de solução de conflitos nas reformas processuais brasileiras a partir da década de 90

No direito brasileiro, a evolução legislativa dos ADRs se deu aproximadamente duas décadas após o seu notório desenvolvimento no sistema norte-americano, sendo que, de forma assemelhada, essa evolução partiu da arbitragem para, posteriormente, também se estender à mediação e à conciliação. No entanto, não seria exagero dizer que somente muito recentemente, principalmente desde o ano de 2010, que os meios alternativos de solução de

⁴⁸⁰ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, v. III, p. 507; José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. II, p. 193.

⁴⁸¹ Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, *Sistema multiportas*, pp. 60-61. Sobre o tema, Carrie Menkel-Meadow aponta a necessidade de reflexão a respeito dos verdadeiros “fundadores intelectuais” dos métodos alternativos de solução de conflitos, diante de sua evolução histórico-social: “When we think of the “founding” of the ADR movement (particularly, but not exclusively, in law), from when do we date it? Whom do we think of as our leaders? Many of us think of Frank Sander and the “multi-door courthouse” suggested by his famous paper, delivered at the Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in 1976. For others, the publication of Roger Fisher and William Ury's *Getting to Yes*, signaled an interest in a changed paradigm for engaging in legal negotiations. Some may associate ADR's nascency with early practical efforts to institutionalize “warmer” methods of disputing. Calling on these methods, the civil rights movement, the consumer movement, and local empowerment efforts all attempted to increase community participation and involvement in issues that were linked to larger social concerns. Yet, as we date most of the modern “ADR movement” to the 1970s and 1980s, we may be failing to pay enough serious attention to earlier “intellectual” founders of ADR (Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and fathers of invention*, pp. 1-2).

⁴⁸² Ao tratar do tema, Carrie Menkel-Meadow se baseia na obra *Prophet of management: a celebration of writings from the 1920s*, de Mary Parker Follett (*Mothers and fathers of invention*, p. 10).

conflitos estão sendo efetivamente implementados no direito processual brasileiro como técnicas capazes de aprimorar o acesso à Justiça, principalmente em razão de sua maior celeridade e praticidade em relação ao serviço jurisdicional ordinariamente prestado pelo Poder Judiciário brasileiro.

A partir de 1994, diversos estatutos legislativos passaram a prever e estimular a conciliação e a mediação no processo civil brasileiro. A Lei 8.952/94 alterou os arts. 125 a 331 do CPC, prevendo que o juiz, a qualquer tempo, deverá tentar conciliar as partes, sendo que no art. 331 está prevista a designação de audiência de conciliação na fase saneadora do processo.

Em 1995 foi editada a Lei 9.099, criando os juizados especiais cíveis e expressamente prevendo a conciliação.

Ademais, pouco tempo depois, a Lei 9.307/96 disciplinou a arbitragem, inovando ao permitir que as partes pudessem resolver os conflitos por meio de arbitragem privada com a mesma eficácia de uma decisão judicial. Por tal razão, foram muitos os questionamentos a respeito da natureza da arbitragem instituída pela Lei 9.307 e dos efeitos da sentença arbitral, uma vez que, de acordo com a legislação, passou a haver equiparação entre a decisão arbitral e a sentença judicial. Nesse contexto, houve a redefinição do conceito de jurisdição e da ideia de tutela jurisdicional.

Todavia, a polêmica foi grande, levando-se a questão até o Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade, na qual se apontava que a Lei 9.307/96 teria violado a garantia de acesso à Justiça. No entanto, acertadamente, em 2001, a Corte afirmou a constitucionalidade da Lei por maioria de votos (sete a quatro), tendo em vista que “o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever”. Com a aceitação da arbitragem pelo Judiciário, foi “quebrado o primeiro nível de uma eventual resistência cultural ao uso de mecanismos de ADR – resistência essa que ruíu por completo anos depois, diante do clamor público generalizado contra a chamada morosidade da Justiça e a utilitária esperança de que acordos reduzissem o volume de processos judiciais”⁴⁸³.

Em 2001, a Lei 9.958/01 instituiu as comissões de conciliação prévia no âmbito processual trabalhista. Sob tal contexto legislativo, aliado às previsões de tentativa de conciliação presentes na Lei do Divórcio (arts. 3º, §2º, 40 e 46, da Lei 6.515/77) e na Lei de

⁴⁸³ Paulo Eduardo Alves da Silva, *Solução de controvérsias*, p. 8.

Alimentos (arts. 9º e 11 da Lei 5.478/68), diversos tribunais passaram a tratar da mediação por meio de resolução ou outros atos normativos internos.

Em 28 de outubro de 2004, foi editado o Provimento 893 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, autorizando a criação e a instalação do setor de conciliação ou de mediação nas comarcas do Estado para tratar de questões cíveis envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, direito de família e também de infância e juventude. Posteriormente, o Provimento 953/2005 garantiu a presença de advogados.

Nos termos dos arts. 4º e 5º do Provimento 953/2005, a tentativa de conciliação (ou mediação) poderia ser realizada antes do ajuizamento da demanda ou durante o seu trâmite, em qualquer fase. Nesta última hipótese, o juiz determinaria o encaminhamento dos autos ao setor de conciliação e mediação.

Além disso, houve textual recomendação para que os juízes determinassem o comparecimento das partes ao setor de conciliação e mediação logo após distribuída a petição inicial, oportunidade em que o prazo de contestação apenas passa a fluir a partir da audiência, caso não obtida a conciliação.

Em novembro de 2010, foi editada a Resolução 125 do CNJ, tratando sobre políticas de solução de conflitos. Em síntese, foi instituída a “política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, de modo que os órgãos judiciários ficassem incumbidos de também “oferecer mecanismos consensuais de solução de controvérsias”. De acordo com a Resolução, os Tribunais deveriam criar e implementar núcleos de métodos consensuais de solução de conflitos no prazo de 60 dias, os quais teriam por atribuição, dentre outras, instalar centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis por concentrar a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores. De acordo com a Resolução, apenas podem ser admitidos conciliadores e mediadores capacitados e habilitados conforme exigências do CNJ, disponibilizadas em seu portal eletrônico.

Como decorrência da Resolução 125 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento 1868/2011-CSM, que criou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos no âmbito da Justiça Estadual paulista, integrado pelo Presidente e Vice-Presidente do Tribunal, além de alguns desembargadores aposentados indicados no próprio provimento. Prevê o citado provimento que caberá ao Núcleo instalar o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs nas comarcas do Estado.

Foi então editado o Ato Normativo 01/2011 do Núcleo, que regulamentou o credenciamento de entidades interessadas na capacitação e o cadastro de conciliadores e mediadores. De acordo com o ato, a capacitação de conciliadores e mediadores judiciais será realizada pela Escola Paulista da Magistratura e por entidades públicas e privadas habilitadas, de acordo com programas de cursos disponibilizados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

Ademais, ficou disposto que os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados serão avaliados periodicamente por grupo de supervisão, organizado pelo juiz coordenador do “Centro”, e deles poderá ser exigido certificado de conclusão de curso de reciclagem e aperfeiçoamento, disponibilizado pelas entidades mencionadas.

Ao final de setembro de 2009, o Senado Federal nomeou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal. Poucos meses depois, em 8 de junho de 2010, foi apresentado ao Senado o PLS 166/2010. Ainda em 2010, o PLS 166/2010 foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi autuado como PL 8.046/2010, absorvendo o anterior PL 6.025/2005. Na Câmara, recebeu aprovação final em 26 de março de 2014, após ser sensivelmente modificado. Depois de retornar ao Senado como Projeto Substitutivo da Câmara, foi finalmente aprovado nos dias 16 e 17 de dezembro de 2014, até que, em 24 de fevereiro de 2015, foi remetido à Presidência da República para sanção. Assim, no dia 16 de março de 2015 houve a sanção da Lei 13.105/2015, publicada no dia seguinte, com lapso de 1 (um) ano de *vacatio legis*.

Dentre outros vetores, o novo Código de Processo Civil “investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação completa”⁴⁸⁴. Tanto que, já no art. 3º, ficou estabelecida como política judiciária e dever do Estado a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos, antes ou durante o processo.

Nesse interregno, fruto da Comissão Temporária de Juristas designada pelo Senado Federal em 2012, a qual fora presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior

⁴⁸⁴ Ada Pellegrini Grinover, *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil*, publicado no *Jornal Estado de Direito* de 04/11/2015.

Tribunal de Justiça, com objetivo aprimorar a Lei da Arbitragem, em outubro de 2013 foram apresentados os Projetos de Lei do Senado 406/2013 (PL 7.108/2014 na Câmara dos Deputados) e 405/2013 (PL 7.169/2014 na Câmara).

Aprovados ambos os projetos, o primeiro foi convertido na Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, modificando a Lei 9.607/1996 (Lei da Arbitragem), e o segundo, na Lei 13.140, de 26 de junho daquele mesmo ano, instituindo o Marco Legal da Mediação no Brasil.

3.3.3. Princípios voltados à solução consensual dos conflitos

O CPC-2015, em seus primeiros artigos, identifica alguns “princípios” que deveriam ser observados pelo intérprete para correta aplicação do processo civil brasileiro. Como exemplo, o art. 8º dispõe que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, “atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Entretanto, como bem advertido por Marcelo José Magalhães Bonizzi, não cabe ao legislador tentar identificar a principiologia de um dado sistema legal, mas sim à doutrina, sendo que, agindo-se dessa forma – como se fez com o novo CPC –, dentre outras dificuldades, “alguém poderia imaginar que o juiz estaria atado somente aos princípios elencados pela lei, com exclusão dos demais”⁴⁸⁵. Além disso, como acabou ocorrendo no novo CPC⁴⁸⁶, haverá sempre o risco de que “falsos” princípios sejam identificados⁴⁸⁷, até porque, como é elementar, a identificação dos princípios do processo civil brasileiro depende inclusive do contexto histórico e constitucional em que se encontra o intérprete.

De todo modo, mesmo que diante de tais controvérsias, entendemos possível elencar alguns princípios⁴⁸⁸ que são aplicáveis aos meios consensuais de solução de conflitos,

⁴⁸⁵ Marcelo Magalhães Bonizzi, *Princípios no novo Código de Processo Civil*, p. 18.

⁴⁸⁶ “A melhor leitura que se pode fazer do novo CPC, portanto, seria a de aceitar os princípios lá mencionados como critérios ou orientações a serem seguidos” (Marcelo Magalhães Bonizzi, Op. Cit., p. 19).

⁴⁸⁷ A abordagem detalhada desse tema foge aos limites do presente trabalho, sendo suficiente mencionar que a conceituação dos princípios, por si só, mostra-se bastante controvertida na doutrina. No entanto, uma diferenciação atual e com expressiva aceitação na doutrina nacional menciona que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização (...). Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (...). Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 90-91).

⁴⁸⁸ Eventualmente, todos os princípios do direito processual brasileiro poderão incidir sobre a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos, até porque são técnicas inseridas, em sua maioria, no processo judicial

em termos gerais, e que, portanto, devem também guiar a atuação do Ministério Público no tocante à busca de resolução dos litígios transindividuais que lhe forem submetidos. Com efeito, “os princípios estabelecem referenciais, a partir dos quais o desenvolvimento de uma ciência pode ser realizado, garantindo-se, assim, que os estudos sejam desenvolvidos com um mínimo de coerência”⁴⁸⁹.

O princípio do contraditório, como garantia de participação das partes no processo, tradicionalmente está relacionado à possibilidade de que as partes venham efetivamente interferir no convencimento do julgador, através de oportunidades de manifestação ao longo do procedimento. Em razão do modelo de um processo mais cooperativo e dialogal estabelecido pelo novo CPC, o princípio do contraditório ganhou ainda mais expressividade, pois deve o juiz promover a ampliação do diálogo no processo, em relação ao modelo de procedimento previsto no CPC anterior.

Em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos, a incidência desse princípio fica acentuada, pois o diálogo consiste no principal meio para se chegar a soluções não adjudicadas. É imprescindível, portanto, que todos os envolvidos possam trazer ao procedimento (ou, melhor dizendo, à sessão ou audiência prevista para tal fim) todas as informações necessárias para correta compreensão de seus interesses e pontos de vista.

O acesso à Justiça, inserido no art. 5º, LXXIV, da Constituição, corresponde igualmente a um dos principais fundamentos dos meios consensuais de resolução de conflitos. Como já exposto, o princípio do acesso à Justiça não pode ser lido de modo restritivo, como sendo exclusivamente direcionado ao direito de ação e ao Poder Judiciário. Cabe ao Estado garantir o acesso à Justiça por meios os mais adequados possíveis a cada espécie de conflito, aqui se inserindo o sistema multiportas e os meios alternativos de solução de controvérsias.

Com a Reforma do Judiciário materializada na EC 45/2004, foi incluído o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição de 1988, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No entanto, mesmo antes da EC 45/2004 ser editada, o Pacto de São José da Costa Rica já trazia dispositivo semelhante no art. 8º, inciso I. Apesar de todos os

preexistente. No presente tópico, buscamos ressaltar aqueles que tendem a incidir de modo mais diretamente relacionado à ideia de consensualidade.

⁴⁸⁹ José Carlos Baptista Puoli, *Processo e constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo*, p. 117.

debates a respeito do denominado princípio da duração razoável do processo, é certo que os métodos para resolução consensual e até extrajudicial dos conflitos levam à redução do número de processos judiciais, seja por serem evitados, seja por serem rapidamente solucionados, quando já propostos.

Ademais, nos métodos de solução dos conflitos em que haja a participação de um terceiro, é imprescindível que seja garantida a imparcialidade e a independência deste último, que atuará, eventualmente, como árbitro, mediador ou conciliador. Portanto, não pode ter qualquer interesse envolvido na solução do litígio, sendo seu dever informar às partes sobre quaisquer elementos que possam indicar alguma espécie de interesse no conflito.

O princípio da autonomia da vontade também ganha bastante importância na incidência dos métodos alternativos de solução de conflitos, sendo essencial que as partes possam manifestar sua vontade livremente e sem vícios, para que então possam chegar a um acordo ou submeterem o litígio à arbitragem.

Além desses princípios, comumente aplicáveis aos diversos métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive no âmbito da tutela transindividual, é evidente que cada técnica poderá envolver a incidência de outros, muitos dos quais serão abaixo abordados, em conjunto com a análise das respectivas técnicas envolvidas.

3.4. Possibilidade de emprego dos métodos alternativos de solução de conflitos às controvérsias transindividuais: necessidade de prévio juízo de admissibilidade e adequação

As particularidades dos variados tipos de conflitos que podem surgir em razão dos relacionamentos humanos e as especificidades de cada uma das espécies de métodos alternativos de solução desses conflitos permitem a indicação de quais das técnicas terão maior ou menor possibilidade de adequação à situação concreta. Devem ser analisados a dinâmica da relação jurídica litigiosa, bem como das relações pré-existentes entre as partes, imperativos de direito material, os interesses das partes e também os objetivos sociais correlatos⁴⁹⁰.

No entanto, não se pode olvidar que “não existe uma modalidade de método alternativo como o mais indicado aprioristicamente para um tipo de conflito”⁴⁹¹. A bem da

⁴⁹⁰ Sarah Merçon-Vargas, *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, p. 62.

⁴⁹¹ Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, *Sistema multiportas*, p. 69.

verdade, haverá uma certa adequação em termos gerais, em razão das peculiaridades de determinados tipos de conflitos, mas não se tratará de solução universal. Por outro lado, os métodos também não são destinados à solução de um único tipo ou grupo de conflitos, havendo mera sugestão de sua utilização a determinados tipos de controvérsias. Assim, conflitos envolvendo direito de família, por exemplo, são, a princípio, bem resolvidos por meio de mediação, havendo inclusive quem mencione haver “mediação familiar” como método próprio e derivado da mediação⁴⁹².

Mas isso não significa dizer que todos os conflitos familiares apenas possam ser resolvidos por meio de mediação e nem que a mediação poderia ser indicada para resolução de outras espécies de controvérsias. Em relação à arbitragem, da mesma forma, verifica-se que, na prática, tem sido muito bem aceita para litígios empresariais. Porém, nada impede que venha também a ser utilizada como meio eficaz de solução de conflitos envolvendo a Administração pública, ainda que mediante algumas adaptações⁴⁹³.

Sendo assim, é necessário um juízo de adequação que permita verificar, diante do caso concreto, a partir de suas especificidades relacionadas ao direito material envolvido, relacionamento entre as partes e seus interesses, qual o método de solução será mais indicado, isto é, adequado àquela situação⁴⁹⁴. Portanto, somente um juízo de adequação é que permitirá às partes verificar qual o método de solução mais eficaz para aquele determinado litígio. Para tanto, serão úteis classificações previamente estabelecidas, embora não haja restrições *a priori* para utilização dos diversos meios de resolução de controvérsias, em razão das especificidades de um caso concreto. É evidente que a legislação assim poderá dispor, prevendo condições subjetivas e/ou objetivas para eleição de uma ou outra técnica, mas não se trata de vinculação em razão da natureza, em si, desses métodos.

Daí se falar justamente em “sistema multiportas”, através do qual podem ser sugeridas técnicas para solução de uma determinada controvérsia, correspondendo cada alternativa a uma “porta” que leva a um determinado caminho. Como já mencionado pelos

⁴⁹² Esse tema foi tratado no artigo *Breves apontamentos sobre a mediação no direito de família*, de nossa autoria, publicado na RJLB, Ano 2 (2016), nº 1, pp. 185-228.

⁴⁹³ Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem em contratos administrativos*, pp. 18-27.

⁴⁹⁴ Sarah Merçon-Vargas, *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, p. 62.

autores norte-americanos citados e que desenvolveram essas ideias na *Pound Conference* de 1976, notadamente Frank E. A. Sander, rejeita-se o modelo *one-size-fits-at-all*⁴⁹⁵.

A respeito dos conflitos envolvendo direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, da mesma forma, poderão ser solucionados através de mecanismos extrajudiciais, ou mesmo judiciais, na hipótese de sessão de conciliação ou mediação conduzidas pelos órgãos auxiliares da Justiça, quando já proposta uma ação judicial, por exemplo.

Em tais situações, de modo semelhante, a depender das características do conflito no caso concreto, do efetivo interesse das partes na solução consensual e também das limitações do direito material envolvido (muitas vezes indisponível), poderá eleger-se um método distinto para se tentar alcançar o consenso e, assim, uma solução mais rápida, barata e justa do que aquela a que estariam sujeitos na hipótese de uma demanda judicial.

Todavia, previamente ao juízo de adequação, que permitirá a escolha do método mais adequado a determinada situação, faz-se necessário um juízo de admissibilidade para verificação do preenchimento de pressupostos subjetivos e objetivos porventura previstos na legislação, como será analisado em conjunto com os métodos tradicionalmente nominados na doutrina e na legislação brasileira.

Realmente, *a priori*, não existiriam conflitos que não possam ser solucionados através dos meios alternativos à via judicial estatal. Contudo, é claro que a própria legislação poderá impor determinados limites, prevendo que, sob determinadas situações, somente será possível a utilização de determinados métodos de solução de conflitos ou, o que não é tão raro no direito brasileiro, por exemplo, que somente pelo processo judicial tradicional determinadas questões poderão ser solucionadas com o método heterocompositivo.

Menciona-se, assim, a existência de critérios subjetivos e objetivos para admissibilidade das técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias, bem como a necessidade de adequação de cada uma das técnicas a determinados tipos de conflitos, a depender de suas peculiaridades.

⁴⁹⁵ Expressão que, em tradução livre, significa algo como “um modelo serve para tudo”.

3.5. As técnicas de composição dos litígios

Em diversas obras sobre teoria geral do processo, apresenta-se a tradicional classificação formulada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a respeito dos três principais caminhos para solução dos litígios: processo, autocomposição e tutela⁴⁹⁶.

3.5.1. Autotutela

Corresponde a uma forma primitiva e precária de solução de possíveis conflitos, por meio da qual os contendores valem-se da força para a preservação de uma determinada situação ou mesmo restabelecimento de um direito violado. Com o uso da força por um dos envolvidos, busca-se a submissão do outro. Para tanto, a força não precisa necessariamente se tratar de força física. Pode ser entendida em diversas modalidades: física, moral, econômica, social, política, cultural, filosófica etc., desde que suficiente para acarretar a submissão da parte adversa.

Em virtude de seu caráter unilateral e parcial, os ordenamentos jurídicos hodiernos, como regra geral, vedam a utilização da autotutela pelos cidadãos, ressalvadas somente situações excepcionais e urgentes. No direito brasileiro, o art. 345 do Código Penal expressamente contém mandamento criminalizante de condutas tais, nos seguintes termos: “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

Como bem apontado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo:

la autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento con una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto⁴⁹⁷.

Nesse contexto normativo, dentre os métodos de solução de conflitos, apenas a autotutela está autorizada unicamente para hipóteses taxativas e previamente determinadas, sob pena de configuração de uma conduta criminosa (art. 345 do Código Penal, acima colacionado).

⁴⁹⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 12-14.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

Dentre essas hipóteses, as mais conhecidas são a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade e o direito de retenção, as quais se encontram regulamentadas no Código Civil brasileiro (arts. 188⁴⁹⁸ e 578⁴⁹⁹). Mas, além disso, há previsões esparsas, como as hipóteses de autotutela possessória, inseridas no art. 1.210, §1º, também do Código Civil⁵⁰⁰.

3.5.2. Autocomposição

Como é intuitivo, refere-se à resolução de conflitos por meio do consenso, isto é, como solução construída, em conjunto, pelos próprios envolvidos. Corresponde também a uma forma parcial de solução de litígios em oposição aos métodos heterocompositivos, pelos quais um terceiro, isento e parcial, é que dirá qual a solução adequada ao caso concreto. Portanto, a autocomposição permite que as próprias partes solucionem o conflito por meio do consenso, sem o emprego da força ou exigência de submissão de uma delas perante a outra.

Mas isso não quer dizer que, voluntariamente, uma das partes não possa simplesmente desistir ou renunciar de modo unilateral, reconhecendo integralmente o direito afirmado pelo outro contendor. Nesse caso, a autocomposição será considerada unilateral, enquanto a composição bilateral decorre das situações em que há sacrifícios por ambos os envolvidos.

Por isso, dada essa característica de sacrifícios de uma das partes ou de ambas, visando à solução consensual do conflito, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo indica como pressuposto da autocomposição que o direito material subjacente seja disponível e que haja imposição legal de persecução da via judicial pelas partes.

Com efeito, “são espécies de autocomposição a renúncia, o reconhecimento à pretensão (formas unilaterais) e a transação (forma bilateral)”⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁴⁹⁹ Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador.

⁵⁰⁰ Art. 1.210 (...). §1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁵⁰¹ Sarah Merçon-Vargas, *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, p. 30.

A renúncia ocorre quando o titular de um interesse ou direito dele abdica, levando à solução do conflito em razão de tal esvaziamento. Em razão da submissão, um dos envolvidos se submeterá à pretensão contrária, mesmo que entenda estar com a razão.

Já pela transação, haverá sacrifício recíproco de interesses, notadamente por meio dos seguintes métodos: (i) negociação, referindo-se à transação alcançada sem que haja intervenção de terceiros; (ii) mediação, solução obtida com a ajuda de um terceiro isento e imparcial, que promoverá a aproximação e a otimização do diálogo entre as partes, mas sem propor soluções, as quais devem ser alcançadas pelas próprias partes; ou (iii) conciliação, caracterizada pela presença de um terceiro, isento e imparcial, que oferecerá propostas de solução para os contendores.

Logo, como se nota, os métodos de autocomposição exigem que as partes tenham poder de disposição sobre os interesses ou direitos envolvidos no conflito, ou ao menos parte deles, pois, caso contrário, eventual acordo entre elas não terá qualquer validade ou eficácia. Como exemplo, indicamos a situação em que, durante a separação de um casal, um deles venha a renunciar o direito a alimentos, em nome dos filhos menores, como uma das cláusulas envolvendo a divisão de bens. Trata-se de cláusula nula, diante da irrenunciabilidade e indisponibilidade do direito a alimentos⁵⁰². Da mesma forma, não poderá o administrador da massa falida renunciar a créditos ou parte de um crédito em um acordo extrajudicial, a título de reconhecimento a uma pretensão ou mesmo inserção de uma cláusula em um instrumento de transação, visto que apenas eventual autorização judicial poderá autorizar disposições nesse sentido⁵⁰³.

Quanto ao local, a autocomposição pode ser classificada em intraprocessual, quando realizada com um processo já em curso (ex.: tentativas de conciliação previstas no art. 334 do novo CPC), ou extraprocessual, nos casos em que for realizada fora de um processo judicial (ex.: câmaras privadas de conciliação ou mediação). A diferença básica é que, na primeira hipótese, ou seja, de autocomposição intraprocessual, o acordo firmado será

⁵⁰² Art. 1.707 do Código Civil: Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

⁵⁰³ Art. 22, §3º, da Lei 11.101/2005: Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento.

homologado por sentença, estando a partir de então sujeito à coisa julgada (arts. 487 e 502 do CPC).

Em relação ao momento, poderá ser classificada como pré-processual, intraprocessual ou pós-processual, considerando-se quando foi realizada. A autocomposição intraprocessual acarretará a extinção, integral ou parcial, do processo já iniciado, a depender de como se manifestarão no processo. É que, realizando a transação extrajudicialmente, podem simplesmente requerer a desistência da ação em petição conjunta e nem mesmo mencionar os termos do acordo formulado, quando haverá extinção do processo sem resolução de mérito. No entanto, se já proposta uma ação, a hipótese mais comum tem sido de realização da transação em juízo, com a consequente sentença de mérito e incidência da coisa julgada.

3.5.3. Heterocomposição

Outra classe das técnicas de composição de conflitos refere-se aos processos judiciais e arbitrais, por meio dos quais um terceiro adjudicará às partes a solução do litígio. A conferência desse poder ao terceiro, que deve ser isento e imparcial, corresponde à característica principal das formas de heterocomposição.

No tocante ao processo judicial, trata-se do método escolhido pela Constituição de 1988 como sendo “universal”, tendo em vista as garantias constitucionais de acesso à Justiça e de inafastabilidade do Poder Judiciário. Quer dizer, nenhum ato e nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Desse quadro, inclusive, é que se comumente se utiliza a denominação de “métodos alternativos” em contraposição ao “método universal” de solução de controvérsias, qual seja, o processo judicial estatal.

O processo judicial tem como pressuposto desenvolver-se mediante observância do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição), princípio que atualmente tem sido definido como englobante de todos os demais princípios e garantias processuais que asseguram o adequado exercício do direito de ação e da jurisdição. Notadamente, devem ser observados os princípios do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e da igualdade entre as partes (art. 5º, inciso I).

Além do processo estatal, a arbitragem também corresponde a uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. No entanto, se o processo estatal corresponde ao

método universal de solução de controvérsias, por meio do qual toda e qualquer pretensão pode ser solucionada, ao menos em tese⁵⁰⁴, o mesmo não se sucede com relação ao processo arbitral.

É que, no direito brasileiro, o legislador restringiu as hipóteses de cabimento da arbitragem, prevendo-se no art. 1º da Lei 9.307/96 que poderão ser solucionados por tal meio de solução os litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”, cuja titularidade seja de “pessoas capazes de contratar”⁵⁰⁵.

Se atendidos esses requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade, por meio da cláusula ou convenção de arbitragem, estarão as partes renunciando à jurisdição estatal, outorgando ao árbitro ou tribunal arbitral indicado o poder de solução dos conflitos que vierem a ser objeto de postulação.

Dessa forma, também observados os princípios e as garantias do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes e imparcialidade do árbitro, será instaurado o processo arbitral e, ao final, sobrevirá a sentença arbitral, por meio da qual a solução ali prevista será adjudicada às partes. A decisão arbitral será imperativa e produzirá os mesmos efeitos de uma sentença judicial estatal, inclusive constituindo título executivo, se condenatória (art. 31 da Lei de Arbitragem).

3.6. Os métodos alternativos de solução de conflitos tradicionais

3.6.1. Negociação

Corresponde a uma técnica informal de composição de desavenças, pela qual as próprias partes envolvidas, por si mesmas ou por representantes (inclusive advogados), tentam alcançar a autocomposição.

Roy. J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry, em conhecido estudo sobre a negociação, diferenciam negociação propriamente do que chamam de barganha. Segundo os autores, a negociação corresponde a uma forma de tomada de decisão na qual duas ou mais

⁵⁰⁴Sobre esse ponto, é esclarecedora a lição de Ovídio A. Baptista da Silva, ao diferenciar o direito de ação do direito de acesso aos tribunais. O direito de acesso aos tribunais corresponde a estado, caracterizando-se por ser abstrato e outorgado a todos indistintamente. No entanto, apenas haverá ação processual quando verificadas determinadas certas condições, chamadas de condições da ação. Ou seja, quando o juiz proferir sentença reconhecendo a carência de ação, sequer terá havido exercício do direito de ação processual, razão pela qual a sentença não apreciará o mérito da lide (*Curso de Processo Civil*, v. 1).

⁵⁰⁵ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

partes discutem um assunto com o objetivo de solucionar as diferenças entre seus interesses. No entanto, utilizam o termo negociação “para descrever uma situação vantajosa para todas as partes envolvidas, como na busca de uma solução aceitável para um conflito complexo, por exemplo”⁵⁰⁶. Por barganha, entendem “uma situação competitiva em que uma parte sai vencedora, como uma discussão sobre preços”⁵⁰⁷.

A negociação caracteriza-se como processo comunicativo entre as partes envolvidas, sempre em número de ao menos duas, estando presente um conflito de necessidades e desejos entre essas pessoas e/ou organizações. Ademais, trata-se de uma técnica notoriamente voluntária, pois as partes precisam ter realmente intenção de solucionar o impasse entre seus interesses por meio de um processo comunicativo. Em situações em que tais interesses sejam “inegociáveis” por uma das partes, de início já se sabe que não haverá qualquer negociação, pois ela sequer apresentará alguma contraproposta à oferta da outra. Na verdade, a voluntariedade ainda se reflete na própria negociação, na medida em que somente se submeterão a tal técnica de solução do conflito caso prefiram esse método a outros.

Em outra obra renomada sobre o tema, Robert Fischer, William Ury e Bruce Patton apresentam quatro orientações básicas sobre o método de negociação: (i) separar as pessoas dos problemas; (ii) manter a concentração sempre sobre os interesses, e não sobre as posições; (iii) imaginação de opções envolvendo ganhos mútuos; e (iv) estabelecimento de critérios objetivos⁵⁰⁸. A partir desses quatro pontos fundamentais (pessoas, interesses, opções e critérios), os autores desenvolveram o denominado “método da escola de Harvard”.

Daí o tradicional exemplo da divisão de uma laranja pela mãe, entre seus dois filhos. Em determinada família, duas crianças estavam em conflito porque ambas queriam a laranja, e era uma só. Vendo essa situação, a mãe então resolve partir a laranja ao meio e entregar a metade a cada dos filhos, de modo que cada um ficasse exatamente com uma mesma porção, mantendo-se, assim, a igualdade entre eles. Entretanto, tratava-se da pior solução possível sob a ótica das crianças, que ficaram ambas descontentes. É que, na realidade, uma delas queria a laranja para fazer um suco. A outra, queria a casca para brincar. Mas com a laranja dividida ao meio, nenhuma poderá atender a seus interesses, pois será insuficiente a quantidade

⁵⁰⁶ Roy. J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry, *Fundamentos de negociação*, p. 3.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ Robert Fischer, William Ury e Bruce Patton, *Como chegar ao sim*, pp. 17-86.

de polpa para o suco e será pouca a quantidade de casca para a brincadeira da segunda criança, que queria fazer letrinhas a partir da fruta.

Esse exemplo demonstra que se, no início, as próprias crianças ou a mãe tivessem se preocupado com os interesses envolvidos, isto é, com a vontade de tomar suco e com o desejo de utilizar a casca para uma brincadeira, facilmente teriam chegado a uma solução negociada em que as ambas as crianças sairiam vitoriosas, com integral atendimento a seus interesses.

Portanto, apesar da informalidade, nota-se a importância de que a negociação seja encarada como processo comunicativo complexo, devendo ser desenvolvido mediante contraditório e voltando-se à construção efetiva de possibilidades de solução para o conflito existente. Quanto os objetivos são competitivos, verifica-se, ao final, soluções denominadas “ganha-perde”, pois uma das partes sagra-se vitoriosa na medida em que a outra é desfavorecida. Com a negociação, busca-se o “ganha-ganha”, o que, evidentemente, será bastante complicado na maioria dos conflitos, dada a complexidade das relações humanas.

Assim, ao final de um processo de negociação exitoso, pode-se alcançar a autocomposição unilateral ou bilateral, embora no primeiro caso tenha-se indicado se tratar, especificamente, de uma “barganha”, enquanto modalidade distinta da “negociação” em um sentido mais estrito. Além disso, ainda que não alcançada uma solução de agrado de todos os envolvidos, o processo de negociação poderá ao menos levá-los a mutuamente considerar qual o outro método a ser seguido, ainda insistindo na solução do conflito, mediante, exemplificativamente, o estabelecimento de um compromisso arbitral ou mesmo prevendo outras técnicas de solução, como a mediação e/ou a conciliação (que contarão, portanto, com a presença de um ou mais terceiros a serem indicados pelas próprias partes).

3.6.1.1. A negociação na solução de conflitos transindividuais

Diante de sua natureza informal e bastante adaptável a qualquer espécie de conflito em que haja interesse dos envolvidos na solução consensual, a negociação mostra-se o principal método a ser utilizado pelo Ministério Público para resolução dos conflitos envolvendo interesses e direitos transindividuais.

Não é por outra razão que a Resolução 118/2014 do CNMP previu a negociação como sendo “recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa

atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)” (art. 8º).

Novamente de acordo com a Resolução, “a negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público” (art. 8º, parágrafo único).

Com efeito, o juízo de admissibilidade da negociação é bastante amplo, sendo cabível em qualquer hipótese em que as partes envolvidas possam efetivamente transacionar – ou ao menos acordar – sobre as questões controvertidas. Isto é, desde que não haja previsão legal de necessária intervenção judicial (direitos instrumentalmente indisponíveis).

No entanto, a depender da situação, mesmo havendo obrigatoriedade de intervenção judicial, a negociação poderá ser relevante, visto que, eventualmente, questões processuais poderão ser objeto de convenção nesses casos. Além disso, em se tratando de pretensões repressivas, a negociação durante a fase de investigação ministerial, por exemplo, pode levar os envolvidos à maior ou menor colaboração com a instrução, inclusive à confissão e ao reconhecimento das condutas ilícitas praticadas, o que posteriormente será levado em conta pelo magistrado na aplicação de penalidades.

Dito de outro modo, a informalidade da negociação acarreta a desnecessidade de que seu resultado sempre implique na formalização de um instrumento de pactuação, seja transacionando, ou não, a respeito dos direitos envolvidos. Muitas vezes, a boa negociação por si só ensejará a maior efetividade do direito coletivo tutelado, seja acelerando ou melhorando a instrução na fase pré-processual, seja mesmo durante a fase judicial, com a possível adequação do procedimento aos reais interesses das partes, culminando com um processo mais célere, efetivo e leal entre as partes, evitando-se, por exemplo, recursos, provas ou incidentes protelatórios.

Conclui-se, dessa forma, que a adequação da negociação às variadas possibilidades de atuação do Ministério Público no âmbito da tutela coletiva é bastante ampla, sendo cabível, em tese, a qualquer espécie de conflito. A compatibilização, na realidade, ocorrerá em relação aos limites do próprio direito a ser tutelado.

3.6.2. Mediação e Conciliação

3.6.2.1. Mediação

A mediação⁵⁰⁹ pode ser definida como uma técnica em que uma terceira pessoa, devidamente capacitada e neutra, auxilia no diálogo de pessoas em contenda, de modo que as próprias partes possam solucionar suas divergências adequada e satisfatoriamente:

o mediador não induz propriamente as partes a um acordo, mas se esforça para auxiliar no restabelecimento da comunicação para que elas próprias gerem novas formas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. Sua atuação ocorre no sentido de provocar a reflexão para que os próprios indivíduos encontrem saídas para o conflito⁵¹⁰.

Dessa forma, deve o mediador tentar propiciar às partes que cheguem a uma solução adequada para o conflito instaurado. A ele caberá aproximá-las e fazer com que melhor percebam as circunstâncias da contenda, livrando-se de sentimentos irracionais e emoções decorrentes do relacionamento desgastado. Com a mediação, pretende-se “eliminar o aspecto adversarial e competitivo entre as partes, demonstrando que não há um ganhador ou perdedor”⁵¹¹.

Da mediação decorre um efeito psicológico que permite às partes verbalizarem o conflito, compreendendo também as emoções e aflições do outro. Ao contrário do processo judicial, em que as partes costumam pautar-se por sentimentos de vingança, procurando imputar ao adverso a culpa pelo conflito, principalmente quando se trata de conflitos familiares, a mediação possibilita que superem tal situação, buscando o diálogo como forma de solução das divergências.

No art. 2º do projeto de lei 94/2002 (arquivado em 13 de abril de 2007⁵¹²), estava prevista a seguinte definição:

mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e

⁵⁰⁹ Ao longo do curso de pós-graduação, tivemos a oportunidade de dissertar a respeito da mediação em trabalho publicado sob o título *Breves apontamentos sobre a mediação no direito de família*, publicado na RJLB, Ano 2 (2016), nº 1, pp. 185-228.

⁵¹⁰ Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, pp. 65-66.

⁵¹¹ Tatiana Robles, *Mediação e direito de família*, p. 62.

⁵¹² http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367.

estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Já na Lei 13.410, de 26 de junho de 2015 (art. 1º, parágrafo único), foi disposta a seguinte definição de mediação:

considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Com a edição do novo CPC, não houve exatamente definição de mediação. No entanto, no art. 165, §3º, houve menção às atividades do mediador, de certo modo delimitando algumas de suas funções e finalidades:

o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A preocupação do legislador processual parece ter sido em diferenciar a mediação da conciliação como meios alternativos de resolução de conflitos. Em relação à conciliação, foi disciplinada no seguinte sentido: “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio” (art. 165, §2º, do novo CPC).

Como se nota, o legislador brasileiro finalmente positivou a distinção entre mediação e conciliação, descrevendo que a finalidade da mediação será auxiliar as partes de modo a compreender as questões e interesses em conflitos, restabelecendo a comunicação entre elas, sendo que a elas mesmas caberá encontrar soluções consensuais. Já com relação à conciliação, caracteriza-se pela proposição de soluções para o litígio.

Além disso, o legislador reconheceu importante critério de escolha, do juiz e das partes, sobre qual método será mais efetivo na situação concreta. Em síntese, havendo a preexistência de vínculo anterior entre partes, recomenda-se a mediação.

Postas tais noções, torna-se importante salientar as finalidades da mediação. Precipuamente, tem por escopo o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, permitindo que desenvolvam comunicação eficiente para a solução das controvérsias.

Além disso, deve promover a preservação do relacionamento entre as partes, evitando novos litígios⁵¹³. Nesse aspecto, trabalha com a ideia de que a justiça conciliatória (ou coexistencial) tem a capacidade de gerar resultados melhores do que aqueles decorrentes do processo contencioso, em que as decisões são impostas aos envolvidos.

No mais, promoverá pacificação social, na medida em que, por meio da mediação, os envolvidos refletirão com profundidade a respeito das origens do conflito, chegando elas mesmas a um consenso a respeito da melhor solução para o caso concreto. Haverá, dessa forma, real pacificação, relacionada com compreensão pelas próprias partes de que a solução adotada é a mais justa.

3.6.2.2. Processo global da mediação

Em que pese a informalidade e flexibilidade procedimental da mediação, geralmente pode ser dividido em sete fases sucessivas: introdução, busca de informações, definição do problema, desenvolvimento de opções, redefinição de posições, negociação e redação do acordo⁵¹⁴.

Na fase introdutória, o mediador esclarecerá as partes a respeito da mediação e do seu procedimento, inclusive sobre os princípios a ele aplicáveis, como a não-adversariedade e autonomia da vontade. Após a concordância dos envolvidos, será firmado termo de compromisso.

O próximo estágio será a coleta de informações junto às partes, a fim de que prestem todos os esclarecimentos sobre os fatos relevantes e pertinentes envolvidos na disputa, os quais deverão ser compartilhados entre os próprios envolvidos, para que visualizem os pontos de vista uns dos outros:

já que conhecimento é poder, quando o mediador usa o processo de mediação para assegurar a revelação de toda a informação, ele dá mais poder aos participantes que tinham menos conhecimento, garante que todos usem as mesmas informações para definir o problema e melhora a capacidade de cada participante para fazer opções que lhe sejam mais benéficas⁵¹⁵.

⁵¹³ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, p. 72.

⁵¹⁴ A respeito do tema, ver Tatiana Robles, *Mediação e direito de família*, pp. 75-80.

⁵¹⁵ John Haynes e Marilene Marodin, *Fundamentos da mediação familiar*, p. 13.

A partir das informações prestadas pelas partes, o mediador então lhes auxiliará na definição da disputa, quando os envolvidos deverão manter o foco em seus interesses, e não em posições. Com a ajuda do mediador, as partes serão auxiliadas a dialogar e buscar soluções.

Nesse ponto, chega-se à fase seguinte, caracterizada pelo *brainstorming*⁵¹⁶, momento em que o objetivo será deliberar a respeito das ideias propostas pelas partes, que discutirão sobre os modos e as consequências de sua implementação, sempre auxiliadas pelo mediador.

Verificados seus reais interesses e apresentadas opções de soluções, os envolvidos redefinirão suas posições iniciais, preparando-se para a fase seguinte, de negociações. Nessa fase, o mediador auxiliará as partes a alcançarem soluções para cada uma das questões verificadas, até que se cheguem a consensos entre elas.

Por último, encerradas as negociações, o mediador poderá redigir um termo acerca do acordo entabulado, em linguagem clara e compreensível pelas partes, que será passível de homologação judicial, desde que respeitadas as normas de ordem pública.

Todavia, no Brasil ainda vige a “cultura da sentença”, cuja origem remonta aos bancos universitários brasileiros, pois são raros os cursos de Direito que incluam os métodos alternativos de resolução de demandas em seus currículos, levando o renomado processualista Kazuo Watanabe a pontuar que

o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses⁵¹⁷.

Nesse contexto, é preciso romper tal modelo, convertendo-se a realidade brasileira para uma “cultura de pacificação. Não por outra razão, as sentenças proferidas em processos contenciosos frequentemente não agradam quaisquer das partes, visto que não solucionam realmente os conflitos. Ao contrário, acabam prejudicando o relacionamento das partes envolvidas e inevitavelmente levam a novos conflitos futuros. Isso porque a sentença judicial está fundada no direito objetivo e nos fatos que as partes puderam provar ao magistrado.

⁵¹⁶ Expressão utilizada por John Haynes e Marilene Marodin na obra *supra* citada e que significa “tempestade de ideias”.

⁵¹⁷ Kazuo Watanabe, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, p. 685.

A mediação, contudo, leva em conta as prioridades e os interesses dos envolvidos.

Realmente, o mediador busca atingir tripla missão: pacificar o conflito, gerar a responsabilização dos envolvidos e permitir a continuidade das relações intersubjetivas. A ele caberá aproximar os envolvidos e fazer com que melhor percebam as circunstâncias da contenda, livrando-se de sentimentos irracionais e emoções decorrentes do relacionamento desgastado. Com a mediação, pretende-se “eliminar o aspecto adversarial e competitivo entre as partes, demonstrando que não há um ganhador ou perdedor”⁵¹⁸.

3.6.2.3. Conciliação

Consiste a conciliação em técnica pela qual um terceiro auxilia as partes em litígio a chegarem a uma solução autocompositiva, tal como a mediação. No entanto, traço bastante distintivo em relação à mediação refere-se à possibilidade de o conciliador apresentar sugestões de solução às partes.

Contudo, não se pode concordar que, na conciliação, o foco se encontraria sobre a controvérsia em si, e não sobre as partes⁵¹⁹, sua comunicação ou mesmo relacionamento anterior. Ou então de que seria técnica menos complexa que a mediação.

Assim como o mediador, também o conciliador deverá buscar a pacificação com justiça, isto é, mediante soluções satisfatórias a todos os envolvidos. Portanto, deverá atuar promovendo reflexões significativas e produtivas. Em síntese, como conceituado por Fernando Tartuce⁵²⁰:

conciliar implica em participar ativamente da comunicação (aproximando indivíduos), colaborar para a identificação dos interesses, ajudar a pensar em soluções criativas e estimular as partes a serem flexíveis, podendo apresentar [se necessário] sugestões para a finalização do conflito.

Reconhecendo a semelhança entre a mediação e a conciliação, o novo CPC trata de ambas as técnicas mediante regras conjuntas, na Seção V do Capítulo III, Título IV, do Livro I, denominada “dos conciliadores e mediadores judiciais” (arts. 165 a 175). Assim, a conciliação também é regida pelos princípios da independência, da imparcialidade, da

⁵¹⁸ Tatiana Robles, *Mediação e direito de família*, p. 62.

⁵¹⁹ Sarah Merçon-Vargas, *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, p. 47.

⁵²⁰ Fernanda Tartuce, *Conciliação em juízo*, p. 159.

autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Além disso, também se previu que o conciliador deverá passar por capacitação mínima; posteriormente, poderá requerer sua inscrição em cadastro nacional, estadual, regional ou federal de profissionais habilitados, sendo tal registro condição para exercício da conciliação junto aos órgãos judiciários. Ademais, uma vez cadastrados, prevê o CPC que passarão a ficar impedidos para o exercício da advocacia. Outrossim, além daqueles inscritos e que serão nomeados pelos próprios órgãos judiciários, a lei processual autoriza que as próprias partes possam indicar o conciliador ou conciliadores para atuar em determinado litígio, sendo livres para tanto.

No tocante ao processo de conciliação, verifica-se que, no seu início, será igualmente semelhante ao processo de mediação.

Primeiramente, caberá ao mediador esclarecer as partes sobre o procedimento a ser seguido, bem como sobre suas finalidades e vantagens. Nesse momento inicial, deverá também agir como facilitador da comunicação entre as partes, agindo para aproximá-las. Técnicas relacionadas a como falar, escutar, questionar e responder deverão ser utilizadas, razão pela qual faz-se necessária a adequada capacitação técnica do conciliador.

Com efeito, a boa conciliação não corresponde a um mero questionamento às partes, no início da audiência designada, somente indagando se “possuem interesse em solução consensual ou proposta de acordo”, como tem sido verificado na maioria das audiências de conciliação designadas por juízes de direito.

Sobre o tema, a Ministra Nancy Andrichi bem aponta que o juiz, se decidir agir como conciliador, deve se dispor a

usar o tempo que for preciso, permitindo às partes o uso da palavra para desabafarem, e, mais, com abnegada paciência, ouvi-las como se aquele fosse o único processo existente em suas mãos, porque é assim que cada litigante imagina o juiz, propiciando com essa conduta o desarmamento dos espíritos em conflito⁵²¹.

Iniciados os entendimentos entre as partes, o conciliador deverá ficar bastante atento sobre o que dizem, tentando compreender quais os seus reais interesses e quais as suas posições. Tal como indicado pelo método de negociação da escola de Harvard, as discussões sobre simples posições precisam ser identificadas, sendo importante que as partes

⁵²¹ Nancy Andrichi, *Conciliação judicial*.

compreendam essa distinção e, assim, possam realmente negociar a respeito de seus verdadeiros interesses. Caso contrário, será repetido o drama da divisão da laranja (relatado no tópico anterior), em que, alcançada uma solução baseada apenas nas posições identificadas, houve insatisfação a ambos os envolvidos, pois o interesse de nenhum dos dois foi atendido.

É preciso, então, que o conciliador, tal como o mediador, efetivamente questione as partes, posicionando-se como terceiro isento e imparcial, mas permitindo que todos exponham seus interesses, necessidades e desejos de modo claro.

Após identificados os interesses, o processo de conciliação passará a se distinguir sensivelmente da mediação: agora, o conciliador passará a ajudar as partes a imaginar saídas e soluções para a controvérsia existente. Mas ao invés de se ater ao estímulo de ideias pelos envolvidos, o conciliador poderá formular sugestões, contribuindo ativa e diretamente para a resolução do conflito.

A seguinte situação poderá exemplificar os traços distintivos da conciliação e sua efetividade: em uma biblioteca, duas pessoas sentadas lado a lado passam a se desentender sobre a situação de uma janela próxima a elas, visto que um dos usuários pretende deixá-la aberta enquanto o outro quer fechá-la. Depois de algum tempo de discussão, resolvem chamar o bibliotecário. O funcionário então passa a questionar os usuários sobre por que querem deixar a janela aberta ou fechada, respectivamente. O primeiro responde que intenciona deixá-la aberta como forma de permitir a circulação de ar fresco. Mas o outro responde que quer fechá-la para evitar uma corrente de vento. Verificando os interesses de ambos, o bibliotecário então sugere que se abra a janela da sala vizinha ao local onde os dois se encontravam, ao que ambos concordam⁵²².

Agindo como conciliador, nesse exemplo, o bibliotecário pôde apresentar uma sugestão criativa e que não teria sido espontaneamente cogitada pelos contendores, visto que, sozinhos, estavam presos a suas posições inicialmente assumidas.

3.6.2.4. Princípios da mediação e da conciliação

O novo CPC inovou ao tratar da mediação e da conciliação em alguns de seus dispositivos. Embora não tenha apresentado exatamente um conceito dos institutos, como visto

⁵²² Trata-se de exemplo citado por Fernanda Tartuce, no artigo anteriormente citado (*Conciliação em juízo*, p. 164).

nos tópicos acima, no art. 166 estão positivados seus princípios informadores⁵²³: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

A imparcialidade refere-se ao mediador ou conciliador, no sentido de que não deve se inclinar para qualquer das partes em disputa. Sua função será buscar o diálogo de modo isento, mantendo a igualdade e a reciprocidade entre os envolvidos. A imparcialidade será essencial para que possa desempenhar bem suas funções, sem induzir ou instigar as partes a qualquer solução.

Outro relevante princípio refere-se à autonomia da vontade, também denominado de princípio de liberdade, autodeterminação ou poder de decisão das partes⁵²⁴, significando que cabe a elas discutir e decidir a respeito da solução a ser alcançada, não podendo o mediador coibi-las e nem a elas se fazer substituir.

Portanto, incumbirá às partes definir e protagonizar o deslinde da controvérsia, o que também inclui a opção pelo método compositivo (ou sua rejeição). No art. 166, §4º, do novo CPC, está prescrito que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”, podendo as partes escolher “de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação” (art. 168).

A confidenciabilidade é fundamental à audiência de mediação e conciliação, garantindo a confiança das partes sobre o mediador ou conciliador. Caso contrário, as partes de início já se retrairiam, dificultando o diálogo e comprometendo a sessão. Em razão de tal princípio, ao mediador ou conciliador será vedado ser arrolado como testemunha ou perito durante o curso de eventual processo contencioso entre as partes (art. 166, §2º, do CPC).

Mesmo com a previsão normativa do novo CPC, não há sistema previamente estabelecido com regras fixas acerca do procedimento a ser aplicado na mediação ou na conciliação. Na verdade, vige o princípio da informalidade, de modo que a estruturação e desenvolvimento da mediação e conciliação deverão ser ajustados a cada situação concreta,

⁵²³ A doutrina costuma, ainda, elencar outros princípios, como a dignidade, extrajudicialidade, voluntariedade das partes, privacidade, consensualidade, não-adversariedade (ou não-competitividade). Nesse sentido, por todos, vide Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, e Tatiana Robles, *Mediação e direito de família*.

⁵²⁴ Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, p. 211.

respeitando-se a individualidade de cada pessoa submetida a tal método de solução de conflitos. Dessa forma, haverá flexibilidade do procedimento, a fim de se buscar sempre a maior eficácia possível das soluções a serem encontradas.

Com o princípio da oralidade, pretende o legislador deixar claro que o principal foco é justamente o diálogo. Todo o procedimento da mediação e conciliação deverá ser oral, garantindo-se a completa verbalização pelas partes de todas as suas angústias e insatisfações.

Já de acordo com a Lei 13.140/2015, a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (art. 2º). Como visto, apesar do rol mais extenso, trata-se basicamente de desdobramentos dos princípios listados no novo CPC.

3.6.2.5. A mediação e a conciliação na solução de conflitos transindividuais

Quanto ao juízo de admissibilidade, tratando-se de técnicas consensuais de solução de conflitos, verifica-se a necessidade de que as partes possam efetivamente acordar sobre as questões controvertidas, ou ao menos parte delas. Isto é, também com relação a tais métodos consensuais somente haverá óbices na hipótese de haver previsão legal de necessária intervenção judicial (direitos instrumentalmente indisponíveis). Em relação à tutela de direitos coletivos, vislumbra-se como exemplo o original regime aplicável às ações de improbidade administrativa, em que se vedavam acordos e transações sobre as penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92⁵²⁵.

Ademais, mesmo em controvérsias a respeito de direitos indisponíveis, os eventuais aspectos patrimoniais e transacionáveis poderão ser objeto de conciliação ou mediação, se assim concordarem as partes.

⁵²⁵ Cabe lembrar, no entanto, que mesmo assim era possível a ocorrência de transação e acordo envolvendo o ressarcimento ao erário, visto que: não consiste propriamente em penalidade e trata-se de pedido também passível de ação civil pública, no bojo da qual sempre se admitiu o acordo e o compromisso de ajustamento de conduta. Realmente, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.019.555-SP, de relatoria do Ministro Castro Meira e julgado no dia 16/06/2009: “o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito”. Por outro lado, nos termos do art. 1º, incisos IV e VIII, da Lei 7.347/85, a pretensão relativa ao ressarcimento do erário poderia ser objeto de ação civil pública – e não somente de ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Isto é, tratasse de uma ação civil pública unicamente voltada ao ressarcimento do erário, não haveria óbices à transação entre as partes para se permitir o reconhecimento e o parcelamento integral do débito.

A utilização da mediação e da conciliação na tutela de direitos transindividuais, portanto, está mais focada no juízo de adequação do que de admissibilidade, sendo que, no atual contexto normativo e institucional, não são poucos os óbices a serem enfrentados.

Nesse aspecto, o mediador busca atingir tripla missão: pacificar o conflito, gerar a responsabilização dos envolvidos e permitir a continuidade das relações intersubjetivas. A ele caberá aproximar os envolvidos e fazer com que melhor percebam as circunstâncias da contenda, livrando-se de sentimentos irracionais e emoções decorrentes do relacionamento desgastado. Com a mediação, pretende-se “eliminar o aspecto adversarial e competitivo entre as partes, demonstrando que não há um ganhador ou perdedor”⁵²⁶. De modo semelhante, o conciliador também ajudará as partes a imaginar saídas e soluções para a controvérsia existente. Mas, diferentemente, ao invés de se ater ao estímulo de ideias pelos próprios envolvidos, formulará sugestões, contribuindo ativa e diretamente para a resolução do conflito.

Concordamos que haja diferenças entre mediação e conciliação no direito brasileiro, embora nem toda a doutrina assim as considere. Em geral, as principais diferenças se colocam em razão da forma de atuação do terceiro intermediador, que na conciliação pode formular sugestões, o que não ocorreria na mediação. Mas, além disso, a mediação promoveria um maior enfoque em questões subjetivas, razão pela qual costuma ser indicada para controvérsias a respeito de relações continuadas, das quais aquelas do direito de família são um bom exemplo. Contudo, em outros sistemas, como nos Estados Unidos, não existe tal diferenciação, havendo uma modalidade de mediação em que o terceiro pode formular sugestões (mediação avaliativa)⁵²⁷.

De acordo com a Resolução 118/2014 do CNMP, recomenda-se a mediação para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes, indicando, como exemplos, a mediação comunitária e a escolar (art. 9º). Todavia, como bem ressaltado no referido dispositivo, “as técnicas do mecanismo de mediação podem ser utilizadas na atuação em geral, visando ao aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos”.

A conciliação, por sua vez, foi recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão

⁵²⁶ Tatiana Robles, *Mediação e direito de família*, p. 62.

⁵²⁷ Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, cap. 5.2.

interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos (art. 11).

Portanto, a princípio, a Resolução 118/2014 propõe a conciliação ou a mediação como técnicas a serem empregadas pelos membros e/ou servidores do Ministério Público, sobre os litígios em que a instituição figura como parte interveniente, não havendo dúvidas quanto à autorização normativa para que os promotores de Justiça, dessa forma, efetivamente possam atuar como mediadores ou conciliadores.

No mais, conforme previsto na Resolução 118/2014, no âmbito do Ministério Público, a mediação e a conciliação poderão ser promovidas como mecanismos de prevenção ou resolução de conflitos e controvérsias que ainda não tenham sido judicializados; assim como podem ser utilizadas na atuação em casos de conflitos já judicializados (arts. 10 e 12).

Quanto ao resultado da sessão (ou, como normalmente ocorre nas situações mais complexas, “das sessões”) de mediação ou conciliação, havendo algum acordo entre os envolvidos, a formalização poderá se dar por meio de instrumento referendado pelo órgão do Ministério Público, constituindo título executivo extrajudicial (art. 784, inciso IV, do CPC), ou pode também ser levado ao Judiciário para homologação, a partir de quando constituirá título executivo judicial (art. 515, inciso III, do CPC).

Tratando-se da tutela de direitos transindividuais, o quanto acordado poderá ser objeto de cláusulas em termo de ajustamento de conduta, com a previsão de prazos e multa, cuja fiscalização ficará a cargo do membro do Ministério Público com as atribuições respectivas. Diante das características do termo de ajustamento de conduta, a sua formalização, por si só, já pode justificar interesse na intervenção ministerial, visto que somente o *Parquet* e os órgãos públicos detêm legitimidade para tomada de ajustamento de condutas.

Em casos tais, o Ministério Público poderá atuar auxiliando na coleta de informações e elementos de prova, bem como, na sequência, funcionando como mediador ou conciliador da resolução do conflito entre os envolvidos.

Claro que, a respeito de controvérsias versando sobre direitos coletivos, a mediação ou a conciliação não terá o mesmo tipo de abordagem e processo verificado nos litígios entre particulares, em que se discutem direitos individuais e de sua própria titularidade, com maior possibilidade de afloramento de sentimentos relacionados à titularidade direta desses

interesses envolvidos. Não se trata aqui de utilização das mesmas técnicas de abordagem de um mediador quando perante conflitos familiares ou escolares, por exemplo. Na maior parte das situações vislumbradas, estará o mediador ou conciliador (aqui proposto como sendo um promotor de Justiça) perante representantes institucionais das organizações envolvidas no conflito, em ao menos em um dos polos⁵²⁸:

A intervenção de um terceiro facilitador do diálogo entre duas ou mais pessoas jurídicas parte da premissa da gestão da controvérsia por intermédio do pressuposto óbvio de que o passado não tem como ser modificado, mas o presente, com o advento do conflito, e o futuro ou não daquela inter-relação dependerá de uma maior reflexão das mesmas⁵²⁹.

Como exemplo, citamos a verídica controvérsia existente entre os interesses de um hotel, os proprietários de trailers de lanches instalados em uma praça pública e a Administração Pública municipal. O grande movimento de consumidores no período noturno na praça e adjacências passou a conflitar com o silêncio desejado pelos hóspedes do hotel, situado defronte a essa mesma praça. Além disso, vagas de estacionamento na via pública, antes compartilhada pelos hóspedes, também passaram a ficar escassas. Por fim, a administração municipal identificou questões sanitárias que somente poderiam ser resolvidas mediante a implementação de melhorias na praça pública. Tratava-se, portanto, de um conflito de baixa gravidade, mas alta complexidade, e que dificilmente poderia ser solucionado por meio de uma decisão adjudicada.

Após inúmeras reuniões (ou, como na realidade ocorreu, inúmeras sessões de conciliação, pois havia constantes sugestões por parte do promotor de Justiça encarregado), em que foram necessários alguns meses para identificação precisa dos interesses de cada um dos envolvidos e daqueles de titularidade difusa, tornou-se possível a elaboração de um termo de ajustamento de conduta (multidisciplinar inclusive em relação às atribuições de cada um dos promotores de Justiça daquela comarca), com imposição de obrigação a todos: ao hotel, para construção de barreiras acústicas nas janelas dos quartos frontalmente posicionados; aos pequenos empresários do ramo alimentício, para adequação a todas as posturas urbanísticas e sanitárias; e também à administração municipal, para atualização das normas regulamentares e construção de benfeitorias na praça pública.

⁵²⁸ Como exceção, todavia, podemos imaginar uma ação popular movida por um cidadão já bastante envolvido emocionalmente contra determinados agentes públicos ou administrações públicas. Em um caso assim, a abordagem bastante focada nos aspectos subjetivos tenderia a efetivamente permitir que se alcançasse uma solução consensual construída com a intervenção e o auxílio do Ministério Público.

⁵²⁹ Adolfo Braga Neto, *A mediação de conflitos no contexto empresarial*.

Com alguma frequência, debates locais sobre determinadas políticas públicas discutidas pela Administração podem demandar alguma espécie de intermediação por um representante isento e imparcial. No início do ano de 2014, a promotoria de Justiça da Comarca de Rosana/SP foi convidada a mediar as negociações entre a gestão municipal e os servidores públicos, durante o processo de mudança de regime legal dos servidores, que antes era celetista e estava passando a um regime estatutário. A realização de audiências públicas, também intermediadas pela promotoria de Justiça local, permitiu um eficiente debate entre os interessados, o que somente trouxe benefícios a todos, a partir de então efetivamente munidos de adequadas informações e cientes de seus reais interesses (e não posições).

Todavia, a conciliação e a mediação na tutela coletiva pode ser empregada em situações diversas, que não somente a respeito de controvérsias em que haja prévio relacionamento entre as partes, quando desejam manter a boa convivência após resolvido o conflito. Muitas vezes, a dispersão dos interesses envolvidos pode dificultar o diálogo diretamente entre as partes, mas com a possibilidade de que uma instituição séria, caso assim se proponha, possa intermediar uma solução amigável entre os representantes dos interessados.

Nos primeiros dias de dezembro de 2017, a imprensa nacional noticiou que finalmente estariam chegando ao fim os intermináveis e milhares de processos judiciais envolvendo a rentabilidade das cadernetas de poupança afetadas pelos planos econômicos durante a década de 90, em razão de uma solução acordada que fora mediada por um órgão público. No caso, tal expressiva atuação coube à Advocacia Geral da União:

Após quase três décadas de espera, os poupadores que tiveram a rentabilidade de suas cadernetas de poupança afetada pelas intervenções desastradas do governo na economia vão começar a ter seu dinheiro devolvido. Um longo processo de negociação, conduzido pela ministra Grace Mendonça, Advogada-Geral da União, conseguiu alinhar os interesses de bancos e associações de poupadores insatisfeitos e chegar a um acordo. Para isso, todos os envolvidos tiveram de ceder. De um lado, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), a poderosa representante dos interesses dos banqueiros, concordou em parar de contestar a demanda e pagar os poupadores. Os bancos vão usar o dinheiro que vem dormindo, há quase dez anos, nas provisões contábeis referentes ao caso. Do outro lado da mesa, o Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) e a Federação Brasileira dos Poupadores (Febrapo), representando os investidores lesados, fizeram duas concessões para apressar a solução do caso. A primeira foi conceder um desconto aos banqueiros. A

segunda foi limitar o número de beneficiados aos poupadores que já entraram com processos na Justiça, individualmente ou por meio de associações⁵³⁰.

Perante tais exemplos, e diante de toda a legitimidade e credibilidade do Ministério Público, cuja instituição e membros gozam da mais completa independência e autonomia, ao menos no plano normativo, com ampla experiência na tutela de direitos coletivos de seus integrantes, entendemos que o exercício de mediação e conciliação na tutela coletiva por parte do *Parquet* deve ser ampliado e fomentado interna e externamente, de modo que a instituição possa efetivamente colocar-se como uma importante “porta” no sistema de resolução consensual de conflitos brasileiro.

Por último, é evidente que, como colegitimado para a tutela de interesses difusos e coletivos, o Ministério Público também pode vir a participar de sessões de mediação ou conciliação como parte interessada, seja previamente ou durante o curso de uma ação coletiva. No entanto, mesmo agindo como parte, o órgão do Ministério Público deverá atuar com isenção e impessoalidade (art. 37 da Constituição), de modo que tais sessões, a princípio, tendem a estar mais focadas nos particulares causadores do dano ou da ameaça de dano do que efetivamente sobre o membro do Ministério Público, cujas teses e fundamentos de atuação já terão sido estampadas na portaria do procedimento existente ou na ação civil pública ajuizada. No Estado de São Paulo, a Justiça Estadual regularmente designa audiências de conciliação no curso de ações civis públicas, muitas das quais contam com a presença do próprio magistrado, atento à maior efetividade de uma solução consensual frente à eventual decisão adjudicada. Em geral, são sessões de conciliação, com sugestões por parte do terceiro intermediador e pouco enfoque nos aspectos subjetivos dos interessados.

3.6.3. Arbitragem

Caracteriza-se a arbitragem como método heterocompositivo, por meio do qual um terceiro, isento e imparcial, julgará determinado litígio trazido pelas partes, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial, conforme prevê o art. 31 da Lei 9.307/96. O procedimento poderá ser conduzido perante um árbitro singular ou um tribunal arbitral colegiado, a depender das regras voluntariamente estabelecidas pelas partes. A arbitragem sempre foi bastante utilizada na resolução de conflitos de ordem internacional e

⁵³⁰ Isto é Dinheiro, “Acordo na poupança”. Disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/detalhes-do-acordo-de-r-10-bi-entre-bancos-e-poupadores>. Acesso em 2/12/2017.

empresarial, mas, no direito brasileiro interno, ganhou bastante aplicabilidade com a Lei 9.307/96.

Com relação aos demais métodos de solução de conflitos citados, a arbitragem se distingue pela adjudicação como elemento de destaque, não se baseando pelo consenso (que apenas se verifica em um momento inicial, de constituição da cláusula ou compromisso arbitrais), ao contrário dos demais meios alternativos de resolução de conflitos citados. Assemelha-se, nesse ponto, ao método judicial, como impositivo de uma solução adjudicada às partes envolvidas.

Em síntese, a arbitragem será, ou não, utilizada como procedimento para solução de um determinado conflito a partir de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral, que são espécies de convenção de arbitragem.

A cláusula arbitral refere-se a uma estipulação, por escrito, de que eventuais litígios entre as partes deverão ser resolvidos por meio de arbitragem. Pode ocorrer de a cláusula ser “cheia”, quer dizer, indicar expressamente a forma de nomeação dos árbitros ou fazer remissão a um regulamento que preveja regras nesse sentido. Cuida-se, esta última hipótese, das cláusulas que remetem ao regulamento de determinada Câmara Arbitral, solução bastante comum nas convenções de arbitragem firmadas no Brasil.

Mas a cláusula pode⁵³¹, por outro lado, ser considerada “vazia”, situação em que será necessário à parte que desejar instaurar o procedimento arbitral notificar a outra, designando data, horário e local para que convençionem sobre a instituição da arbitragem (art. 6º da Lei de Arbitragem). Se infrutífera essa tentativa, restará a possibilidade de propositura de uma ação judicial visando à instituição da arbitragem, quando a sentença judicial fará as vezes de um compromisso arbitral (art. 7º da Lei de Arbitragem).

Quanto ao compromisso arbitral – que se difere da cláusula arbitral pelo aspecto temporal, isto é, enquanto a cláusula precede ao conflito, o compromisso será firmado justamente para que um litígio específico seja levado à arbitragem (arts. 4º e 9º da Lei 9.307/96) –, de modo semelhante deverá conter qualificação das partes, identificação do árbitro, árbitros ou referência à entidade à qual as partes delegaram a indicação dos árbitros, a matéria a ser

⁵³¹ Trata-se de uma possibilidade, embora não seja recomendável a subscrição de cláusulas vazias na prática, o que se reflete na sua ínfima ocorrência concreta. Isso porque tais cláusulas tendem a provocar ainda maiores conflitos entre as partes, na hipótese de divergência futura por outras questões.

submetida à arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. O compromisso poderá ser judicial ou extrajudicial, tal como já mencionado.

Portanto, a arbitragem está fundada na autonomia da vontade das partes, pois apenas estarão vinculadas a tal meio de solução de conflitos se houver cláusula ou compromisso existente, válido e eficaz. À vontade das partes também dependerá o procedimento a ser seguido e inclusive a lei aplicável ao caso concreto, havendo possibilidade de decisão por equidade (art. 2º da Lei 9.307/96).

Dentre os efeitos da convenção de arbitragem está a exclusão da jurisdição estatal, salvo para restritas situações, como a tutela específica da própria instituição da arbitragem e execução forçada da decisão condenatória. Assim, “ao estabelecerem uma convenção, as partes realizam um verdadeiro *opt out* do sistema Judicial estatal”⁵³². Por isso, de acordo com o art. 8º da Lei de Arbitragem, a invalidade do contrato não implica, necessariamente, a invalidade da cláusula arbitral (trata-se da autonomia da cláusula arbitral). Assim, caberá ao próprio árbitro ou tribunal arbitral examinar questões envolvendo a invalidade do contrato discutido. Outra decorrência consiste na adoção do princípio da competência-competência, indicando, do mesmo modo, ser o árbitro competente para decidir questões envolvendo sua própria competência. Outrossim, a convenção de arbitragem corresponde a um pressuposto processual negativo, em razão do qual será causa de extinção de eventual processo judicial.

Quanto ao árbitro, deverá atuar com neutralidade e imparcialidade, sendo que, além de se submeter às mesmas hipóteses de impedimento e suspeição de magistrados, ostenta o dever de revelação, diante do qual, antes de aceitar a função, deverá revelar para as partes todo e qualquer fato a partir do qual possa surgir “dúvida justificada” quanto à sua independência (art. 14 da Lei 9.307/96). Por coerência, os árbitros são equiparados aos servidores públicos para fins de aplicação da legislação penal (art. 17 da Lei de Arbitragem).

3.6.3.1. Critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade: arbitrabilidade

A Lei de Arbitragem, no seu art. 1º, prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁵³² Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 38.

Temos aqui, portanto, a fonte normativa a respeito dos critérios subjetivos para as arbitragens no Brasil, que apenas poderá ser utilizada pelas pessoas que detenham “capacidade” contratual. Esse critério foi reiterado no art. 851 do Código Civil de 2002, que autoriza o “compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. A capacidade para contratar decorre da própria personalidade, característica da aptidão para a pessoa ser sujeito de direitos e deveres, no âmbito civil (art. 1º do Código Civil).

No que tange ao critério objetivo, a Lei da Arbitragem refere-se a “direitos patrimoniais disponíveis”, enquanto o Código Civil diz que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” (art. 852). Portanto, nesse aspecto objetivo da arbitragem, estão aliadas basicamente duas condições: patrimonialidade e disponibilidade.

A respeito desse assunto, vem prevalecendo o entendimento de que a correta interpretação de “disponibilidade”, como requisito para a arbitrabilidade de uma determinada controvérsia, guarda relação com a necessidade, ou não, de intervenção judicial estatal. Ou seja, não se está fazendo referência à disponibilidade do direito material propriamente dito envolvido na questão, como possibilidade, ou não, de renúncia do direito por parte de seu titular, o que poderia ser denominado “indisponibilidade material”⁵³³.

A condição mencionada no art. 1º da Lei de Arbitragem versa, na verdade, sobre a necessidade de intervenção judicial para solução de determinados conflitos, sobre os quais há vedação expressa do ordenamento jurídico quanto a eventual reconhecimento extrajudicial, sendo, nesse contexto, denominada “indisponibilidade instrumental”. Segundo Eduardo Talamini, “proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição: apenas a esta caberá dizer quem tem razão”⁵³⁴.

Portanto, como já adiantado no capítulo 1, é relevante a distinção entre a indisponibilidade do direito material em si, por parte de seu titular, e a sua eventual arbitrabilidade, de modo que mesmo eventuais questões sobre direitos ditos indisponíveis poderão ser objeto de arbitragem, desde que não haja reserva de jurisdição estatal sobre o

⁵³³ Eduardo Talamini, *Arbitragem*, p. 30.

⁵³⁴ *Ibidem*.

assunto. “Em síntese, a arbitragem é cabível sempre que a matéria envolvida, além de patrimonial, puder ser resolvida pelas partes, em prol de uma, de outra, ou de ambas, independentemente de ingresso em juízo”⁵³⁵.

Sobre a patrimonialidade, decorre da repercussão econômica da questão, a fim de que possa ser reparada financeiramente na hipótese de inadimplemento. Mas não está limitada à repercussão pecuniária da obrigação, podendo ser buscada a prestação *in natura* por meio da arbitragem.

3.6.3.2. Arbitragem em contratos administrativos

A Lei 13.129/15, ao alterar a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), sedimentou a possibilidade de utilização de arbitragem pela administração pública. Isso porque inseriu o §1º ao art. 1º, com a seguinte disposição: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Todavia, a inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos já era prevista na legislação especial, incluindo o art. 23-A da Lei 8.987/95, art. 11, inciso III, da Lei 11.079/2004, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica, dentre outras.

Para Carlos Alberto de Sales, a arbitragem nos contratos administrativos satisfaz duas funções básicas: a primeira, de alternativa legítima e adequada para solução de controvérsias envolvendo a Administração e particulares. A segunda, refere-se ao incentivo à participação de particulares nos contratos com a Administração pública, pois garante-se, *a priori*, respostas rápidas e eficientes em caso de eventuais controvérsias⁵³⁶.

Nesse passo, a respeito da arbitrabilidade nos contratos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua que

é possível usar a arbitragem quando se trata de (i) ato de gestão, (ii) em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, (iii) nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas, (iv) nos contratos de direito privado, (v) nas empresas estatais que exercem atividade econômica com base no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição⁵³⁷.

⁵³⁵ Sarah Merçon-Vargas, *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*, p. 58.

⁵³⁶ Carlos Alberto de Sales, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 77.

⁵³⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*, p. 1.

Discute-se, então, como compatibilizar os requisitos subjetivos e objetivos de arbitralidade à administração pública.

Sob o aspecto objetivo, por se referirem a contratos administrativos, a princípio estarão também presentes os requisitos do art. 1º da Lei de Arbitragem: patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos. Claro que, a respeito da disponibilidade do patrimônio público, faz-se necessária a autorização legislativa, o que de fato há, como citado no início:

Os acordos feitos pela administração pública, como o compromisso e a transação, não são novidade no Direito positivo. Desde longa data é prevista para os processos judiciais a possibilidade de a administração pública confessar, desistir, fazer transação, firmar compromissos, sem que se alegue qualquer óbice de natureza jurídica. A exigência que a lei faz é que tais atos sejam autorizados por determinadas autoridades⁵³⁸.

Com efeito, mesmo quando diante de certos direitos ditos indisponíveis, “nem sempre será necessário o concurso da jurisdição estatal, pois há bens que, muito embora abrangidos por um regime legal de indisponibilidade, se submetem à transação das partes”⁵³⁹:

É preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido de essa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens. No tocante a esta última, é preciso distinguir daquelas situações em que a indisponibilidade gera a impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a um interesse geral⁵⁴⁰.

Quanto à legitimidade, a Lei da Advocacia-Geral da União (LC 73/1993) outorga ao advogado-geral da União a competência para “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (art. 4º, inciso VI). Posteriormente, a Lei 9.469/1997 trouxe um rol hipóteses em que o advogado-geral da União pode dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção de ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais (art. 1º). Se for empresa pública não dependente, basta a autorização do dirigente da empresa. No mesmo sentido, as leis orgânicas das Procuradorias dos estados e dos municípios também tratam dessas questões.

⁵³⁸ Op. Cit., p. 4.

⁵³⁹ Carlos Alberto de Sales, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 94.

⁵⁴⁰ Op. Cit., p. 95.

Dessa forma, o art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, deve ser lido em conjunto com esses dispositivos, quando faz referência à autoridade competente para acordos ou transações como sendo a mesma que também será competente para celebração da convenção de arbitragem.

Importante lembrar que a cláusula de arbitragem sempre estará limitada às questões versadas no contrato em que inserida, de modo que não poderão ser submetidas ao Tribunal Arbitral questões diversas daquelas decorrentes das respectivas cláusulas contratuais que justificaram a convenção arbitral. Conforme ensina Carlos Alberto Carmona, “a cláusula compromissória não pode ser ampla a ponto de submeter os signatários à arbitragem para todo e qualquer conflito em que se envolverem: a limitação natural da contratação está ancorada a uma relação jurídica determinada”⁵⁴¹.

Por fim, em relação aos contratos administrativos, cabe ressaltar que a cláusula arbitral não implicará absoluta exclusão da jurisdição, visto que, como é cediço, os atos administrativos em geral estão sujeitos ao controle popular, à fiscalização e judicialização pelo Ministério Público e outros órgãos de controle, caso incorram em nulidade e/ou acarretem alguma lesividade ao patrimônio público. Mas somente a Administração e o particular contratado estarão sujeitos aos efeitos da cláusula arbitral, de modo que o contrato firmado eventualmente poderá ser objeto de ação popular, ação civil pública ou mesmo ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, as quais tramitarão perante órgãos da jurisdição estatal e segundo critérios de competência legalmente estabelecidos.

3.6.3.3. A arbitragem na solução de conflitos transindividuais

No direito brasileiro, a arbitragem foi atrelada a questões de natureza tipicamente privada, visto que demandam ser disponíveis e patrimoniais, conforme pressupostos previstos no art. 1º da Lei de Arbitragem.

Dessa forma, como a intervenção do Ministério Público decorre do interesse público ou do interesse social relevante estampado no litígio, o que muitas vezes caracteriza a indisponibilidade do direito controvertido pelas partes, pouco se discute sobre a possibilidade de intervenção ministerial em uma arbitragem, a ponto da doutrina mencionar que “há um

⁵⁴¹ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 104.

grande preconceito – e talvez certo desconforto – em se admitir a participação do Ministério Público em um processo arbitral”⁵⁴².

Todavia, sob a ótica dos requisitos subjetivos para se firmar convenções arbitrais, à luz do art. 5º da Lei 7.347/85, que autoriza aos órgãos públicos firmarem compromissos de ajustamento de conduta, esses mesmos entes estariam legitimados a firmar convenções arbitrais, pois seriam detentores de capacidade contratual. Ademais, diversas são as Leis autorizativas de que os órgãos públicos contratantes podem firmar cláusula arbitral nos contratos administrativos.

Por outro lado, como visto, nem todos os direitos transindividuais são indisponíveis, sendo admitida a possibilidade de transação em relação a diversas situações, ainda que no tocante apenas à projeção econômica dos interesses coletivos envolvidos.

Como bem ressaltado por Ana Luiza Nery,

pode-se dizer que a matéria objeto da convenção de arbitragem para a arbitragem coletiva poderá ter natureza de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em temas como patrimônio cultural, meio ambiente, ordem econômica e urbanística, consumidor, erário, mercado de capitais, biossegurança, infância e juventude, deficientes físicos e, ainda, direitos indígenas, educação, idosos, trabalhadores e tantos outros, desde que verse sobre aspectos patrimoniais a elas relativos⁵⁴³.

Exemplificativamente, cita-se a possibilidade de inclusão de uma cláusula arbitral no bojo de um termo de ajustamento de conduta⁵⁴⁴. No entanto, embora concordemos com essa possibilidade, no campo teórico, cremos que haveria pouca utilidade prática nesse mecanismo, visto que o termo de ajustamento de conduta consiste, por si só, em título executivo. Além disso, a introdução de convenções processuais no próprio TAC já permitiria adaptar o procedimento judicial na hipótese de necessidade de sua execução.

Claro que, nesses casos, constituído o título executivo, à arbitragem seriam encaminhadas as matérias cognitivas de mérito do compromissário, diante da atração da competência arbitral para julgamento das questões que a princípio seriam objeto de embargos à execução⁵⁴⁵, razão pela qual, a depender do caso concreto, poderá ser mais eficiente à proteção

⁵⁴² Op. Cit., p. 103.

⁵⁴³ Ana Luiza Nery, *Arbitragem coletiva*, p. 231.

⁵⁴⁴ Rômulo Greff Mariani, *Arbitragens coletivas no Brasil*, p. 136.

⁵⁴⁵ “Não haverá competência do magistrado togado para resolver as controvérsias que dizem respeito ao mérito do embargos, às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz),

do direito coletivo envolvido submeter eventuais controvérsias futuras sobre o TAC a um tribunal arbitral.

Porém, viáveis serão as situações de possível compromisso arbitral, ou seja, com a constituição da arbitragem sem que haja prévio instrumento obrigacional entre os envolvidos. Situações em que houver convergência de vontades nesse sentido poderão eventualmente ser resolvidas mediante arbitragem coletiva. Haverá situações em que, por exemplo, as partes entenderão necessário submeter o litígio a experts em determinadas áreas do conhecimento, que normalmente seriam mal compreendidas pelo Poder Judiciário. O direito à educação pública de qualidade, por exemplo, ainda não foi satisfatoriamente equalizado. Acidentes de grandes proporções e com reflexos de diversas ordens podem ser utilizados como exemplo de litígios coletivos arbitráveis, tal como aquele ocorrido em novembro de 2015, na cidade de Mariana/MG⁵⁴⁶. O rompimento da barragem contendo lama de rejeitos da produção de minério levou diversas pessoas a óbito, famílias perderam suas moradias e vários foram os danos ambientais ao longo de todo o Rio Doce. A instituição de arbitragem coletiva poderia ter sido solução ágil e efetiva na definição de indenizações.

Outra hipótese possível seria aquela em que, em determinada localidade, houvesse conflito entre os interesses defendidos por eventuais associações, a Promotoria de Justiça e a administração em exercício, a respeito de medidas a serem adotadas visando à melhoria da qualidade do ensino. Após frustradas as primeiras tentativas consensuais no sentido de autocomposição, acreditamos que eventual controvérsia sobre o assunto poderia ser melhor resolvida no âmbito de um tribunal arbitral, se constituído por especialistas na área de educação, em comparação com o envio do problema ao Poder Judiciário. Esse exemplo, entretanto, tratamos como mera suposição, visto que a delimitação da atual redação do art. 1º da Lei de Arbitragem indica não ser esse tipo de tema arbitrável, pois nem mesmo atende ao requisito da patrimonialidade.

Assim, se hoje causa algum espanto debater sobre a possibilidade de resolução de litígios coletivos por meio da arbitragem, tal circunstância se deve unicamente à ausência de experiências no contexto nacional, além de certo apego à cultura da sentença e da judicialização excessiva de demandas, principalmente por parte do Ministério Público, ainda preso ao

isto é, não poderá aquele juízo decidir sobre questões atinentes ao título ou obrigações ali consignadas - existência, constituição ou extinção do crédito -, pois se a discussão versar sobre estes temas específicos deverá ser dirimida pela via arbitral” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.465.535-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/06/2016).

⁵⁴⁶ Hipótese originalmente referida por Ana Luiza Nery, *Arbitragem coletiva*, p. 237.

tradicional modelo demandista. Apesar das limitações legais previstas, o emprego da arbitragem coletiva é possível em algumas situações, muito embora ainda não seja considerada com a devida relevância nessa seara.

Outrossim, também se torna viável a intervenção ministerial no procedimento arbitral coletivo quando instituída por coletivos⁵⁴⁷. Com efeito, os interesses a serem tutelados pelo Ministério Público, conforme previsto no art. 127 da Constituição, não se restringem pelo foro (judicial), mas, ao contrário, definem-se de acordo com sua natureza. Nesse contexto, havendo a arbitrabilidade de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais indisponíveis (aqui no seu aspecto material), bastará ao Tribunal Arbitral ou Árbitro determinar a notificação do Ministério Público com atribuições na respectiva área jurídica, na localidade sede do julgamento, para que possa comparecer às audiências e apresentar suas manifestações e pareceres⁵⁴⁸.

Questões procedimentais relacionadas à instituição deverão ser compatibilizadas mediante atos internos, não sendo razoável que haja julgamento jurisdicional de interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (indisponíveis) sem a necessária intervenção ministerial. Todavia, o tema ainda é polêmico, havendo posicionamentos doutrinários pela incompatibilidade do modelo de atuação ministerial com a arbitragem⁵⁴⁹.

Por fim, encerra-se esse ponto com o questionamento de Ada Pellegrini Grinover, depois de reconhecer a possibilidade de emprego da arbitragem na solução de conflitos transindividuais – desde que relacionada à esfera disponível dos interesses e direitos coletivos, tais como prazos, formas e técnicas de recomposição (segundo os limites propostos pela autora, um pouco mais restritos do que aqueles defendidos neste trabalho): “por que o árbitro ou os árbitros não podem também dizer, na base de perícias, na base de provas, se houve o dano ambiental? E condenar na sentença arbitral?”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ José Janguê Bezerra Diniz aponta a conformidade do atual ordenamento jurídico brasileiro com a intervenção ministerial com base na lei de arbitragem (*Ministério Público do Trabalho*, pp. 233-255).

⁵⁴⁸ Nesse sentido, conferir Ana Luiza Nery, *Arbitragem coletiva*, p. 255; Rômulo Greff Mariani, *Arbitragens coletivas no Brasil*, pp. 180-182; Bernardo Lima, *A arbitrabilidade do dano ambiental*, p. 160.

⁵⁴⁹ José Emilio Nunes Pinto, *A arbitragem na recuperação de empresas*, pp. 86-87; José Maria Rossani Garcez, *Arbitragem nacional e internacional*, pp. 45-46.

⁵⁵⁰ Ada Pellegrini Grinover, *Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 10.

3.6.3.4. Coisa julgada na arbitragem coletiva

O árbitro é juiz de fato e de direito, sendo que a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial, não havendo necessidade de homologação ou qualquer espécie de subordinação (art. 18 da Lei de Arbitragem). Diante das equiparações, a doutrina majoritária inclusive considera a arbitragem como jurisdição, após apresentar um conceito pouco mais amplo do que a tradicional visão da jurisdição como manifestação de poder exclusivamente estatal⁵⁵¹.

Dessa forma, não havendo disposições expressas na Lei de Arbitragem, deve-se aplicar o mesmo regime previsto no microsistema das ações coletivas, no tocante à formação da coisa julgada decorrente da sentença arbitral coletiva. Quer dizer, os efeitos serão *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender das categorias de direitos transindividuais versadas na arbitragem, e *secundum eventus probationes* ou *secundum eventus litis*⁵⁵².

Tratando-se de direitos difusos, a sentença terá eficácia *erga omnes*, isto é, vinculará a todos, partes e terceiros, aqui incluídos os colegitimados (art. 103, inciso I, do CDC). Quando envolver direitos coletivos, em sentido estrito, a sentença também vinculará terceiros que não são parte na ação, mas limitadamente aos membros do grupo representado. Por isso, os efeitos serão *ultra partes* (art. 103, inciso II, do CDC).

A coisa julgada, diante da sentença de procedência ou improcedência com suficiência do conjunto probatório impedirá a propositura de nova ação coletiva pelos demais legitimados. Isto é, a coisa julgada dependerá da prova realizada. Contudo, os efeitos apenas vincularão terceiros, individualmente, na hipótese de procedência do pedido apresentado, para beneficiar as vítimas e seus sucessores, nos termos do art. 103, inciso III, do CDC. A improcedência do pedido, por fundamento outro que a falta de provas, portanto, obsta novas ações coletivas com a mesma causa de pedir e pedido, mas não tem a capacidade de impedir a propositura de ações individuais (que, nesse caso, não buscarão a tutela coletiva propriamente, mas o ressarcimento individual pelos danos havidos).

Por outro lado, a improcedência da ação, por insuficiência de provas, não impossibilitará a nova propositura de ação coletiva com mesmo pedido, pois nesses casos não

⁵⁵¹ Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem em contratos administrativos*.

⁵⁵² Nesse sentido, consultar Ana Luiza Nery, *Arbitragem coletiva*, p. 267; Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damião Gonçalves, *Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*, pp. 266-267.

há formação de coisa julgada material, mas somente formal⁵⁵³. Tanto os legitimados coletivos quanto os particulares poderão intentar novas ações na hipótese de sentença de improcedência pela insuficiência de provas.

Quando a arbitragem envolver direitos individuais homogêneos, a sentença de improcedência não impedirá a propositura de ações ou arbitragens individuais (art. 104 do CDC). Logo, somente a sentença de procedência repercutirá sobre a esfera jurídica individual dos particulares interessados. No entanto, o art. 103, inciso III, do CDC não ressalva a hipótese de improcedência por falta de provas, de modo que, independentemente do fundamento da improcedência, haverá óbice à propositura de nova ação coletiva. Porém, caso se entenda que a distribuição de ação individual implicará maiores vantagens, mesmo a sentença coletiva de procedência não obstará essa possibilidade.

Dessa forma, conclui-se que a sentença coletiva sempre fará coisa julgada material em relação aos legitimados coletivos. Mas somente vinculará os particulares, individualmente, nas disposições em que forem beneficiados, nunca naquilo em que forem prejudicados. “A coisa julgada é declaradamente *secundum eventum litis*”⁵⁵⁴.

3.6.4. Produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência, no novo CPC brasileiro

Além das técnicas mais tradicionais, analisadas nos subcapítulos acima, também é possível a utilização de métodos híbridos, bastante comuns no direito norte-americano⁵⁵⁵.

Dentre essas possibilidades, existe a denominada “avaliação de terceiro neutro” (*early neutral evaluation* – ENE⁵⁵⁶), em que uma pessoa, que não é considerada julgadora do caso, emitirá um parecer após se debruçar sobre o conflito, podendo analisar documentos, entrevistar as partes e colher depoimentos de testemunhas. Esse parecer será utilizado

⁵⁵³ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 348.

⁵⁵⁴ Marcos Paulo Veríssimo, *Comentários à lei da ação civil pública*, p. 537.

⁵⁵⁵ Como exemplo de modo híbrido, o “Med-Arb” (mediation-arbitration) contém elementos autocompositivos e heterocompositivos. Geralmente está previsto contratualmente, de forma escalonada, de modo que, em um primeiro momento, as partes tentarão solucionar eventuais impasses por meio da mediação. No entanto, caso não haja sucesso, o procedimento então evoluirá para uma arbitragem, sendo que a mesma pessoa que exerceu o papel de mediador poderá ser também o árbitro nesse segundo momento, muito embora isso seja pouco recomendável (Marck Batson Baril e Donal Dickey, *Med-Arb: the best of both worlds or just a limited ADR option?*).

⁵⁵⁶ Alguns tribunais norte-americanos possuem programas de ENE, incluindo a Corte Distrital da Carolina do Norte, com informações disponíveis na página eletrônica <http://www.cand.uscourts.gov/ene>. Acesso em 18/12/2017.

previamente a uma conciliação ou mediação realizada em um tribunal, razão pela qual essa técnica tem sido recomendada a situações em que há forte debate entre as partes no tocante a elementos de provas. Na realidade, diante de sua informalidade e simplicidade, mas imensa eficácia prática, deve ser considerada “ferramenta importante da qual todo e qualquer mediador pode se utilizar, desde que esclareça aos envolvidos o caráter não vinculante do resultado da avaliação”⁵⁵⁷.

No direito brasileiro, o novo CPC, no art. 381, ao disciplinar a produção antecipada de provas, permite aos jurisdicionados valerem-se de um método híbrido, apenas parcialmente judicializado, para solução de conflitos. Com efeito, tradicionalmente, a produção antecipada de provas tem como fundamento a urgência em determinada situação concreta (*periculum in mora*), sendo considerada, em regra, medida cautelar. No entanto, com o novo Código, bastante se modificou esse panorama, pois dos três incisos do art. 381, somente o primeiro faz referência às situações em que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

De acordo com os incisos II e III, poderá ser admitida a produção antecipada de provas quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Ainda sob a vigência do CPC-73, Flávio Luiz Yarshell já defendia a possibilidade de utilização do direito à antecipação da prova em situações além daquelas onde estava presente o requisito da urgência, pois, “embora a prova tenha o juiz como destinatário quando se pensa no julgamento estatal, o mesmo não ocorre quando se pensa na valoração que as próprias partes podem e devem fazer relativamente aos elementos de instrução constituídos ou por constituir; inclusive como forma de chegarem a soluções não estatais e fruto da autocomposição”⁵⁵⁸. Segundo defendido pelo professor da Universidade de São Paulo em sua tese de titularidade, embora desejáveis modificações legislativas (tal como depois veio a ocorrer com o novo CPC), o direito à antecipação da prova, sem o requisito da urgência, harmonizava-se com os princípios incidentes sobre o direito à prova e estava de acordo com os escopos da jurisdição e do processo. Trata-se de um desdobramento do direito de ação e da defesa, no

⁵⁵⁷ Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, *Sistema multiportas*, p. 65.

⁵⁵⁸ Luis Flávio Yarshell, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*, p. 442.

contexto do devido processo legal, cujo exercício desencadeia atividade estatal tipicamente jurisdicional.

No entanto, esse direito autônomo à prova deveria ser visto com limites e somente concedido mediante certas condições: “a necessidade da prova depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a prova que se quer produzir”⁵⁵⁹, sendo que “a utilidade da prova manifesta-se através de sua relevância, de tal sorte que, a rigor, o direito à prova só pode ser entendido como um direito à prova relevante”⁵⁶⁰.

Portanto, a partir de 2016, pode-se dizer que a legislação processual brasileira passou a contar com uma técnica assemelhada à “avaliação de terceiro neutro”⁵⁶¹, na qual, na maior parte dos casos, será nomeado um perito para auxiliar na solução extrajudicial de conflitos. Isso porque, havendo dúvidas sobre elementos de prova pelas partes envolvidas, poderão ir a juízo e requerer a produção de determinada prova tão-somente com a finalidade de preparar a autocomposição ou outra forma consensuada de solução do conflito.

3.7. Compatibilização entre os princípios da confidencialidade (previsto para os métodos alternativos de solução de conflitos) e da publicidade dos atos praticados pelos órgãos públicos (art. 37 da Constituição)

O novo CPC prevê, em relação à conciliação e à mediação, a confidencialidade como um dos princípios informadores de ambos os métodos de solução de conflitos. Intentase, dessa forma, garantir aos envolvidos a promessa de que todas as informações trazidas às sessões não poderão posteriormente ser utilizadas durante a instrução de uma ação judicial, por exemplo, caso não cheguem ao consenso. “Para que os participantes da sessão consensual possam se expressar com abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a garantia de que o que disserem não será usado contra si em outras oportunidades”⁵⁶².

⁵⁵⁹ Op. Cit., p. 341.

⁵⁶⁰ Op. Cit., p. 343.

⁵⁶¹ Mas se trata de técnicas distintas. O art. 381 do CPC permite apenas a produção da prova, enquanto a ENE em geral é realizada por um advogado, que ao final emitirá um parecer (não vinculativo) sobre toda a disputa, não apenas sobre uma ou mais provas. A principal semelhança, nesse sentido, reside na finalidade de ambas, visto que tanto a antecipação de provas sem urgência quanto os modelos de ENE visam a um eficiente esclarecimento dos envolvidos sobre o contexto probatório que enfrentarão na hipótese de eventual judicialização da controvérsia.

⁵⁶² Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, cap. 5.4.6.

De modo parecido, a confidencialidade também tem se mostrado a regra nas arbitragens, por disposição dos regulamentos ou mesmo cláusula expressa na convecção arbitral. O art. 13, §6º, da Lei 9.307/1996 dispõe que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e também *discrição*.

No entanto, não há exigência expressa, nesse sentido, na Lei da Arbitragem e nem mesmo o CPC exatamente obriga as partes à confidencialidade, no tocante à mediação e à conciliação. No entanto, quando se tratar de questões envolvendo direitos difusos ou coletivos, a confidencialidade, ou ao menos a total confidencialidade, dos procedimentos mostra-se contrária à necessária transparência que deve reger a atuação dos colegitimados para a tutela coletiva. O princípio da publicidade, além de obrigatório ao Ministério Público e aos demais órgãos públicos legitimados, por força do art. 37 da Constituição, decorre da obrigatória transparência que permitirá à sociedade ou ao grupo de interessados, além dos demais legitimados, atuar em prol dos direitos transindividuais que estiverem sendo objeto de controvérsia.

Nesse sentido, a Resolução 118/2014 do CNMP até prevê que a confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver. Contudo, haverá publicidade dos atos se houver autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes (art. 10, §2º). É a situação aqui debatida, isto é, de publicidade como forma de atendimento à ordem pública e às leis vigentes, especialmente a Lei 7.347/85, ao autorizar o litisconsórcio facultativo dos demais legitimados e a obrigatória intervenção ministerial nas ações civis públicas (art. 5º, §§1º e 5º).

Assim, ainda que determinados momentos indiquem a necessidade de confidencialidade sobre determinadas informações, como forma de proteção à intimidade ou mesmo garantia de efetividade da solução que se está a construir, ao menos a existência do procedimento e a sua solução deverão ser objeto de ampla publicidade, tal como ocorre quando nos deparamos com procedimentos investigatórios sigilosos, no bojo dos quais são firmados termos de ajustamento de conduta.

Como bem aduzido por Carlos Alberto de Salles, mas a respeito da arbitragem em contratos administrativos (quando também há necessidade de publicidade dos atos):

para garantir o efeito de controle desejado pela própria Constituição e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental à convenção arbitral administrativa – e correspondente instrumento convocatório da licitação que a antecede, como se tem sustentado – garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe serviram de base⁵⁶³.

Tratando-se da proteção a direitos transindividuais, a publicidade mostra-se imprescindível por duas razões principais.

A primeira refere-se aos membros ausentes cujos interesses poderão ser afetados pela resolução da controvérsia. Deverão ser informados inclusive para decidirem se aguardarão a solução coletiva ou se, já nesse momento, ingressarão com ação individual (no tocante aos interesses individuais homogêneos). Ademais, possuem interesse na eventual fiscalização da atuação do representante coletivo, bem como necessitam de ser informados sobre a solução ao final decidida, consensual ou não, para que possam proceder à liquidação e execução individuais.

Além disso, também os colegitimados dependerão de informações sobre os procedimentos em andamento para igualmente fiscalizar a atuação do representante, pois, em caso de ação judicial já posta, poderão inclusive aditar pedidos e fundamentos. Outrossim, do mesmo modo, dependem da ciência quanto à solução ao final encontrada para controle sobre seu cumprimento e impedimento da propositura de novas ações coletivas.

Logo, mostra-se indispensável que a publicidade nos métodos alternativos de solução de conflitos coletivos seja a mais ampla possível (inclusive sobre audiências, sessões, documentos apresentados, etc.), salvo situações excepcionais e fundamentadas, mas sempre com um mínimo de publicidade ao menos sobre a solução alcançada⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Carlos Alberto de Sales, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 284.

⁵⁶⁴ Ana Luiza Nery, *Arbitragem coletiva*, pp. 291-294.

3.8. Necessidade de capacitação dos membros e servidores do Ministério Público para o adequado emprego de técnicas extrajudiciais na solução dos conflitos coletivos

A atuação do mediador ou conciliador é fundamental no sentido de estimular a participação colaborativa das partes, com a finalidade de que identifiquem seus reais interesses e possíveis soluções. Para tanto, deverá exercer vários papéis, utilizando-se de técnicas e preparo próprios da mediação⁵⁶⁵.

Primordialmente, será um agente de informação, esclarecendo às partes sobre objetivos e métodos e permitindo que possam aceitar o procedimento que será iniciado. Além disso, deve propiciar ambiente de confiança e empatia entre todos, reduzindo as adversariedades entre os envolvidos e possibilitando postura colaborativa. O intermediador deve auxiliar as partes a identificar as diferenças entre suas posições iniciais e seus verdadeiros interesses, mas sem denotar qualquer valoração relacionada com os prognósticos do conflito.

Todavia, embora neutro, caberá ao mediador levar as partes a refletir sobre as soluções que estão procurando, inclusive introduzindo *critérios de realidade* no momento de celebração do acordo, auxiliando que avaliem a capacidade de cumprimento real das obrigações que estão sendo negociadas⁵⁶⁶.

Como se nota, o terceiro que funciona como mediador ou conciliador apenas poderá realizar tais papéis se tiver, realmente, “competência, independência e diligência”⁵⁶⁷. Deverá ser profissional capacitado, devendo estar preparado para utilização de técnicas de entrevista e escuta. De fato, é imprescindível que seja um bom ouvinte, demonstrando paciência para efetivamente compreender os interesses dos envolvidos e, assim, também ganhar a sua confiança.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, a partir da experiência prática de suas instituições filiadas, elaborou programa de capacitação em mediação, o qual tem sido adotado por diversas instituições brasileiras. O programa estabelece 60 horas mínimas de aprendizado teórico e posterior aprendizado prático mínimo de 50 horas, acompanhado da supervisão dos trabalhos desenvolvidos, de *feedbacks* após as reuniões de

⁵⁶⁵ Juliana Demarchi, *Mediação*, p. 142.

⁵⁶⁶ Lília Maia de Moraes Sales, *Justiça e mediação de conflitos*, p. 84.

⁵⁶⁷ Juliana Demarchi, *Op. Cit.*, p. 145.

mediação de casos concretos, bem como de relatórios específicos para reflexões sobre os objetos de estudo na reunião de mediação.

Como a preocupação com a formação de mediadores ainda é recente no direito brasileiro, assim como a percepção de que a mediação se mostra uma forma eficaz de resolução de conflitos, verifica-se que as Faculdades de Direito ainda não incorporaram disciplinas autônomas de conciliação e mediação em suas grades curriculares. Dessa forma, a mediação atualmente está prevista em diversos cursos de formação e treinamento de mediadores oferecidos por câmaras de mediação e arbitragem que já existem no país, bem como pela Escola Nacional de Mediação, ligada ao Ministério da Justiça.

Mais recentemente, a Resolução 125 do CNJ, de 2010, previu a exigência de capacitação mínima do mediador por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular a ser definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça⁵⁶⁸.

Já o art. 18 da Resolução 118/2014 do CNMP dispõe que os membros e servidores do Ministério Público serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público, diretamente ou em parceria com a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM) da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas.

Para que o Ministério Público possa efetivamente passar a atuar como expressivo agente resolutivo dentre os sistemas de solução de conflitos instituídos no Brasil, voltado a práticas consensuais, inclusive na esfera da tutela de direitos transindividuais, o primeiro passo corresponde à formação e à capacitação de seus agentes públicos, para que possam atuar com desenvoltura sobre cada espécie de conflito que possa ser submetido à instituição. No entanto, até o momento, e em que pese os esforços do CNMP no plano normativo, a cultura da sentença no Ministério Público ainda não foi substituída pela cultura da conciliação. Ao contrário, as

⁵⁶⁸ <http://moodle.cead.unb.br/enam/>.

diversas unidades ministeriais continuam aferindo e valorizando soluções judiciais, quando não acabam até mesmo desestimulando soluções extrajudiciais consensuadas⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ No ano de 2015, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo encaminhou o of. 2007/15 ao E. Conselho Superior do Ministério Público, “solicitando a remessa de cópias de todas as rejeições de pedidos de arquivamento de Inquérito Civil, com ou sem termo de ajustamento de conduta”, decididos por aquele Órgão Colegiado. Apesar das justificativas que foram posteriormente apresentadas, fato é que a publicidade desse ofício de solicitação (publicada no DO de 13/05/2015) trouxe grande apreensão aos promotores de Justiça de todo o Estado, com atribuições na tutela de direitos transindividuais, influenciando para que, ao invés do incremento de soluções extrajudiciais, fossem adotadas preferencialmente medidas judiciais ao final das investigações em sede de Inquéritos Cíveis e procedimentos preparatórios, de modo a se evitar a promoção de arquivamento do procedimento e respectivo envio ao Conselho Superior para homologação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. No primeiro capítulo, foi apresentado um modelo de sistematização sobre a indisponibilidade no direito brasileiro. A noção geral é de que os direitos indisponíveis são aqueles cujo nascimento ou extinção independem, totalmente, da vontade de seus respectivos titulares, sendo que a indisponibilidade pode emanar da natureza do bem jurídico envolvido, da vontade do legislador ou mesmo da vontade do seu titular, em determinados casos.

É preciso, todavia, distinguir a indisponibilidade objetiva, que se refere ao conteúdo do próprio direito em questão, da indisponibilidade subjetiva, situação em que as restrições ao poder de disposição decorrem de determinadas características pessoais do titular do direito. A partir de critérios semelhantes, JJ. Calmon de Passos classificava a indisponibilidade em duas espécies: absoluta e relativa, apontando que a indisponibilidade relativa pode decorrer da lei ou das partes, quando convencionam limitar o poder de disposição do titular sobre determinado direito.

Outra distinção se refere à indisponibilidade processual, que não se confunde com a indisponibilidade do direito material. Em razão da indisponibilidade processual, o legislador pode promover a proteção de certos interesses mediante a obrigatoriedade de que sua disposição ou a solução de controvérsias a seu respeito necessariamente contem com prévia submissão à via judicial (cláusula de reserva de jurisdição estatal).

2. Os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tradicionalmente foram entendidos como indisponíveis, visto que teriam fundamento no interesse público, este por sua vez também indisponível em decorrência do princípio da supremacia do interesse público. Argumentava-se, ainda, que, como a legitimidade coletiva decorreria de substituição processual, os legitimados, não sendo os titulares dos interesses no seu aspecto material, não poderiam transacionar a seu respeito.

3. No entanto, ainda que guardem alguma relação as noções de interesse público e interesses transindividuais não são sinônimas.

Conforme foi defendido, diferenciam-se por uma escala decrescente de difusão e fluidez, a ponto de que o interesse público primário ou interesse geral não é passível de fruição direta pelos membros da sociedade. Distintamente, os interesses difusos e coletivos permitem

a fruição direta, ainda que com grande dispersão entre os membros do grupo. Já os interesses individuais homogêneos, são verdadeiramente individuais, embora tratados coletivamente para fins de sua efetividade.

Ademais, a tradicional visão da supremacia do interesse público não se coaduna com a Constituição de 1988 e com o Estado Democrático de Direito por ela instituído. Atualmente, o Estado deve ser visto como intermediário e instrumento de concretização dos vários interesses públicos inseridos na Carta Constitucional, os quais, entretanto, devem ser ponderados quando em conflito com interesses individuais igualmente garantidos pela Constituição. Não se pode, *a priori*, definir que determinados interesses terão supremacia sobre outros, quando ambos igualmente decorram de princípios e garantias constitucionais. Assim, deparando-se com eventual colidência entre um interesse de ordem difusa e um interesse individual, caberá ao intérprete (aqui incluído o agente público) identificar os princípios incidentes no caso concreto e sopesá-los, ao final alcançando solução proporcional e adequada ao caso concreto.

Nesse contexto, o próprio legislador constantemente vem flexibilizando a ideia de indisponibilidade do interesse público e, principalmente na última década, diversas hipóteses de transação e autocomposição passaram a ser regulamentadas no âmbito do direito penal e administrativo, admitindo-se até mesmo a arbitragem e mediação envolvendo os conflitos com a Administração Pública. Outros importantes exemplos referem-se à transação, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordos de não-persecução, na esfera criminal; sendo que a Lei Anticorrupção também previu a possibilidade de autocomposição e transação sobre penalidades por meio dos acordos de leniência.

No entanto, isso não quer dizer que os interesses transindividuais sejam sempre disponíveis. Ao contrário, notadamente os direitos difusos tendem a ser entendidos como indisponíveis na medida em que normalmente decorrente de cláusulas pétreas ou dos objetivos fundamentais da República.

4. Mas além de verificar se o interesse é indisponível no caso concreto, é certo que no mínimo alguns aspectos a ele relacionados poderão ser objeto de relativa disposição, envolvendo, por exemplo, a delimitação de obrigações, prazo e modo de seu cumprimento, identificação daqueles que estão sujeitos à observância do interesse

transindividual, extensão de eventual dano ocorrido ou mesmo o montante a ser objeto de ressarcimento.

5. Também não nos convence o segundo argumento a favor da indisponibilidade subjetiva dos interesses transindividuais como circunstância *a priori*, pois, como visto, a indisponibilidade subjetiva depende unicamente das condições legais existentes. Com efeito, segundo as premissas tratadas no trabalho, com relação aos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, não há propriamente substituição processual, pois nem sempre será possível definir, com exatidão, quais são os titulares do interesse identificado. Assim, diante da indivisibilidade dessas duas espécies de interesses, um indivíduo, sozinho, também não poderia deles dispor, pois somente pode cuidar daqueles seus próprios interesses, ainda que oriundos de um interesse difuso ou coletivo. Portanto, o que se depreende é que há, na realidade, uma legitimidade autônoma ou própria para a tutela dos interesses difusos ou coletivos, autorizada por Lei.

Assim, no que tange à possibilidade de transação envolvendo os interesses difusos e coletivos, uma vez identificado o interesse, eventual acordo a seu respeito dependerá: (i) primeiramente, da verificação, no seu aspecto objetivo, se há possibilidade de disposição e quais os seus limites; e (ii) em segundo momento, de se aferir se há autorização legislativa para a autocomposição envolvendo aquele interesse transindividual e que legitime eventual avença a seu respeito. Se não houver legitimação, aí sim estaremos diante de hipótese de indisponibilidade subjetiva. Como regra geral, o colegitimado não pode de fato dispor do direito material alheio por ele tutelado. No entanto, não há óbices lógicos, constitucionais ou legais para que o legislador assim permita.

6. É possível, portanto, que haja transação no âmbito dos direitos transindividuais, sendo inclusive essa a natureza dos compromissos de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85).

Com efeito apesar do conceito contratual atribuído no vigente Código Civil brasileiro acerca da transação, enquanto instituto de direito privado, possui um espectro mais amplo, de modo que há sistemas jurídicos que a define como meio de extinção de obrigações. Além disso, com fundamento na doutrina francesa e nacional, não se faz necessário, para configuração da transação, que a negociação envolva proporções idênticas e proporcionais. O que se exige é reciprocidade de concessões, o que de fato ocorre com os compromissos de

ajustamento de conduta. São elementos constitutivos da transação: (i) a existência de relações jurídicas controvertidas; (ii) a intenção de extinguir as dúvidas existentes, para prevenir ou encerrar um litígio; (iii) acordo de vontades; e (iv) concessões recíprocas; o que realmente se verifica nos termos de ajustamento de conduta, principalmente no tocante a sua finalidade.

Portanto, no âmbito dos direitos coletivos, também será possível haver transação entre os envolvidos, desde que respeitados os limites da legislação autorizativa de tais ajustes, assim como também é possível a transação envolvendo o interesse público primário ou a aplicação de sanções penais, como previsto em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro atualmente vigente.

7. No direito federal estadunidense, que bastante influenciou a construção do sistema processual coletivo brasileiro, há grande estímulo às soluções consensuais, inclusive nos processos coletivos. No âmbito coletivo, prevê a Regra 23 (e) das *Federal Rules of Civil Procedure* que caberá ao juiz da causa realizar o controle dos acordos firmados. No entanto, antes de sua submissão ao juiz, a proposta de acordo deverá ser submetida aos membros do grupo, permitindo-se que possam influenciar nos seus termos e disposições, sendo que eventuais objeções deverão ser decididas pelo magistrado. Quanto às disposições negociais, permite-se ampla liberdade, podendo ambas as partes inclusive renunciar ou desistir. Contudo, devem demonstrar que as condições do acordo foram celebradas “de forma razoável” e que a proposta é “justa, razoável e adequada”.

Acreditamos que a experiência norte-americana também possa ser utilizada no direito brasileiro, inclusive mediante a inserção de dispositivos expressos na Lei da Ação Civil Pública e nas Resoluções editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público acerca dos parâmetros a serem observados na celebração de acordos e compromissos de ajustamento de conduta.

Mas esses critérios já podem ser utilizados no processo coletivo brasileiro, pois também decorrem da principiologia de nosso sistema. Tanto que, de modo similar, havendo proposta de acordos judiciais versando sobre direitos transindividuais, também o Ministério Público ou outros colegitimados deverão ser chamados a opinar (arts. 5º, §1º, da Lei da ACP, 17, §3º, da Lei 8.429/92 e 6º, §3º, da Lei 4.717/65). Neste passo, havendo eventuais impugnações, caberá ao magistrado verificar se o interesse transindividual identificado está

sendo tutelado de modo “justo, razoável e adequado”, para, na sequência, de forma fundamentada, decidir sobre a homologação da transação a ele submetida.

Esse mesmo exame inclusive já é realizado também, no âmbito administrativo, quando da homologação de compromissos de ajustamento de conduta por parte do Conselho Superior do Ministério Público, cujo procedimento do mesmo modo garante a devida publicidade e intervenção por parte dos colegitimados e interessados. Aliás, por tais motivos é que compreendemos haver maior legitimidade nos acordos firmados pelo Ministério Público ou submetidos à instituição para anuência, com relação aos eventuais termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados por órgãos públicos desprovidos do inquérito civil como processo administrativo prévio à sua tomada.

8. No atual contexto de estímulo às soluções consensuais, cabe ao Ministério Público brasileiro papel central em relação às controvérsias envolvendo interesses e conflitos transindividuais. A legitimidade do Ministério Público é sempre adequada, na medida em que: (i) provém de instituição vocacionada à tutela do interesse público e provida de estrutura e prerrogativas suficientes para adequada tutela do direito transindividual, de modo isento e imparcial; e (ii) está submetida a duplo controle: um interno, no âmbito do inquérito civil, consistente no *reexame necessário* das promoções de arquivamento e declínios de atribuição pelo Conselho Superior do Ministério Público ou, na esfera federal, pelas Câmaras de Coordenação e Revisão; e um externo, quando a questão houver sido judicializada.

Com efeito, o perfil constitucional da instituição a configura como legítima representante dos interesses da sociedade brasileira, estando incumbida a zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, estando igualmente assegurados na Constituição os instrumentos e prerrogativas necessários para execução dessa missão. Além disso, a partir do modelo previsto para a magistratura, também foram conferidas garantias e princípios voltados à atuação isenta e imparcial do Ministério Público e dos seus membros, que se encontram devidamente amparados contra interferências externas.

No aspecto processual, desde o modelo previsto na Constituição de 1988, agora confirmado pelo CPC de 2015, não cabe mais à instituição atuar à sombra do Poder Judiciário, mediante a exclusiva utilização da via judicial como forma de implementação dos objetivos da República (art. 3º da Constituição). Ao contrário, a instituição deve promover um modelo

resolutivo das grandes questões a ela confiadas, através de uma atuação proativa, dinâmica, intersetorial, planejada, eficiente e, principalmente, extrajudicial. Sobre o tema, foi editada a Recomendação 54, de 28 de março de 2017, pelo CNMP, instituindo a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público.

Especificamente em relação ao sistema processual coletivo, ao Ministério Público compete papel essencial ao bom funcionamento dos instrumentos de tutela dos interesses e direitos transindividuais. Trata-se da única entidade legitimada que deve obrigatoriamente ser intimada a respeito de qualquer ação coletiva, oportunidade em que, não sendo parte autora, figurará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica. Além disso, possui atribuições para tutela de quaisquer interesses difusos ou coletivos, além dos individuais indisponíveis, sem que haja necessidade de comprovação de pertinência temática em relação a suas atribuições constitucionais.

9. Foram também analisados os instrumentos à disposição do Ministério Público que conferem ampla legitimidade às soluções tomadas extrajudicialmente pela instituição, na medida em que preservados os princípios da publicidade e contraditório. Exercem funções primordiais, neste contexto, os poderes investigatórios do *Parquet* e a regulamentação legal do inquérito civil e demais procedimentos assemelhados. Tais procedimentos, quando voltados à solução consensual de conflitos coletivos, devem ser considerados verdadeiros processos administrativos, pois garantidores de publicidade, transparência, exercício do contraditório e ampla defesa, duplo grau recursal e reexame necessário.

10. O compromisso de ajustamento de conduta, aqui considerado em sentido amplo e englobando todos os demais instrumentos de autocomposição disponibilizados pela legislação processual ao Ministério Público, deve ser visto igualmente como fruto de um processo administrativo garantidor do contraditório, daí decorrendo sua legitimidade social e capacidade de vinculação dos demais colegitimados e interessados, ressalvada a possibilidade de fundamentada impugnação perante o Poder Judiciário.

11. É possível, no entanto, aprimorar o sistema, especialmente em relação à observância ao princípio da publicidade, tornando cada vez mais adequada a representação da sociedade pelo Ministério Público, através de mecanismos como: (i) disponibilização de sistemas informatizados que permitam a verificação de andamento dos procedimentos pela rede

mundial de computadores; (ii) disponibilização de serviços de cadastro e inscrição de colegitimados e interessados perante as diversas unidades do Ministério Público, a fim de que possam receber de modo atualizado informações sobre inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta em andamento com relação às matérias de seus respectivos interesse; e (iii) inclusão de previsão normativa à semelhança dos arts. 17, §3º, da Lei 8.429/92 e 6º, §3º, da Lei 4.717/65, quando preveem a citação das pessoas jurídicas de direito público interessadas nas ações de responsabilidade por atos de improbidade administrativa ou populares.

12. Apesar dos esforços no plano normativo, os métodos alternativos de resolução de conflitos não têm sido utilizados pelo Ministério Público com todo o seu potencial, sendo raras as situações de sua utilização no âmbito da tutela coletiva, à exceção da negociação voltada à autocomposição.

O sistema legal brasileiro, todavia, é compatível com o emprego da mediação, conciliação e arbitragem na solução de conflitos coletivos, a depender das características de cada caso concreto. Nesta medida, e à luz do art. 3º do novo CPC e da política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público (Resolução 118/2014 do CNMP), as unidades do MP de todo Brasil devem regulamentar tais procedimentos no seu plano interno e, com isso, efetivamente promover uma mudança de paradigma na atuação ministerial.

13. Mas para que o Ministério Público possa efetivamente passar a atuar como expressivo agente resolutivo dentre os sistemas de solução de conflitos instituídos no Brasil, voltado a práticas consensuais, inclusive na esfera da tutela de direitos transindividuais, outro importante passo corresponde à formação e à capacitação de seus agentes públicos, para que possam atuar com desenvoltura sobre cada espécie de conflito que possa ser submetido à instituição.

Até o momento, entretanto, a cultura da sentença no Ministério Público ainda não foi substituída pela cultura da mediação e da conciliação, tendo em vista que as diversas unidades ministeriais continuam prestigiando soluções judiciais em suas medições e modelos de atuação, em detrimento das soluções consensuadas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

AKAOUI, Fernando Referendo Vital. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo. Superação da summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. “Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo”. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas. *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 2-82.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. “O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social”. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 41-91.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMOND, Michael A. “Settling rule 23 class actions at the precertification stage: is notice required?”. *North Carolina Law Review*, n. 2., v. 56, pp. 303-340, jan.1978.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito romano*. v. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. “Substituição processual”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.). *Doutrinas essenciais - processo civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2011, pp. 435-454.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Conciliação judicial*. Palestra proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/605/Concilia%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf], acesso em 24/09/2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Interesse público”. In: FERNANDES, José Pedro Pereira Monteiro; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Dicionário jurídico da administração pública*. v. V. 4. ed. Lisboa: Almedina, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BADINI, Luciano. Luciano Badini, “Reflexões sobre a negociação e mediação para o Ministério Público”. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: juspodivm, 2017, pp. 226-235.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A ação civil pública e a língua portuguesa”. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 345-349.

_____. “Ações coletivas na Constituição de 1988”. *Revista de processo*, n. 61, v. 16, pp. 187-200.

_____. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. *Revista dos Tribunais*, v. 404, p. 9, 1969.

_____. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”. *Revista de processo*, n. 39, ano X, pp. 55-77, jul.-set.1985.

BARIL, Mark Batson; DICKEY, Donald. “*Med-Arb: The best of both worlds or just a limited ADR option?*”. Disponível em [https://www.mediate.com/pdf/V2%20MED-ARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf], acesso em 18/12/2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: juspodivm, 2017.

BARROS, Cláudio. “Abusos e omissões do Ministério Público e seus membros”. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 213-237.

BETTI, E. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. IV. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1955.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 4. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. “Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 75, pp. 13-20, 2012.

BORGES, Alice Gonzalez. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em [<http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234-e1c33e2bd7/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>], acesso em 18/11/2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. “As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”. *Revista de Processo*, n. 82, pp. 92-151, abr.-jun. 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. “As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta”. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (org.). *Ministério Público*. Coleção Repercussões do novo CPC. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 193- 210.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANALES, Ricardo Blanco. “*Sinopsis artículo 54*”. Disponível em [<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=54&tipo=2>], acesso em 29/01/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. *Revista de Processo*, n. 74, ano 19, pp. 82-97, abr.-jun. 1994.

_____. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. *Revista de Processo*, n. 65, ano 17, pp. 127-143, jan.-mar. 1992.

_____. *Tutela dos interesses difusos*. Palestra publicada na AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 33, ano XII, p. 169, mar.1985.

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

CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J. A. *Le rôle du Ministère Public, de la prokuratura et de l'attorney general dans la procédure civile. Public interest, parties and the active role of the judge in civil litigation*. Milão: A. Giuffrè; Dobbs Ferry N.Y.: Oceana Publications, 1975.

CAPPELLI, Silvia. “Atuação extrajudicial do Ministério Público na tutela do meio ambiente”. In: JUNIOR, Jarbas Soares; GALVÃO, Fernando (coord.). *Direito ambiental. Na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 243-278.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo Pinto de. “Uma incursão do Ministério Público à luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética”. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. pp. 77-119.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas. Lei 12.846/2013*. São Paulo: RT, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

CHERUBINI, Karina Gomes. “Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa”. *Jus Navigandi*, n. 1519, ano 12, ago.2007. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/10340>], acesso em 08/01/2018.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Eleonora. “Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil”. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 97-125.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei 8.884/1994*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. v. I. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato: dados de 2015*. Brasília: CNMP, 2016.

CORTES, Hélio Armond Werneck. “Revelia, confissão e transigência”. *Revista dos Tribunais*, ano 64, v. 471, pp. 26-36, jan.1975.

COSTA, Susana Henriques da. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 345-370.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. “Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 359-381.

COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: RT, 2003.

COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. “O Termo de Ajustamento de Conduta e o Controle Preventivo da Administração Pública Democrática pelo Ministério Público”. In: *Revista MPMG Jurídico*, n. 1, p. 18, set.-2005. Disponível em [<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/revista-mpmg-juridico.htm>], acesso em 11/12/2016.

_____. “Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional”. In: *Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: novos desafios do Ministério Público*. Salvador: CONAMP, 2007, pp. 713-716.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: Juspoivm, 2017.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Sextante/Gmt, 2017.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação. Proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2007.

DENTI, Vittorio. “Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi”. In: *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività - Atti del Convegno Nazionale Bologna*. Bologna: Rimini, 1982, pp. 41 e ss.

DIAS, Aline. “Extensão da atividade do Ministério Público como fiscal da lei na arbitragem comercial doméstica”. *Revista de mediação e arbitragem*, ano 11, v. 43, pp. 217-250, out.-dez.2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil. Conforme novo CPC*. v. 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie e GODINHO, Robson Renault. “Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no novo CPC”. In: GODINHO, Robson Renault e COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Ministério Público (coleção repercussões do novo CPC)*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 15-42.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular”. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 31-67, 221-224 e 433-441.

DINIZ, José Janguê Diniz. *Ministério Público do Trabalho*. Brasília: Consulex, 2004.

DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. In: SALGADO, Daniel de Resende; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodium, 2015, pp. 439-460.

DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos”. *Conjur*, Disponível em [<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/>], acesso em 13/12/2017.

_____. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DITTFURTH, David. *Learning civil procedure*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2007.

EBLE, Timothy E. *Federal class action practice manual – Internet edition*. 1999. Disponível em [<http://www.classactionlitigation.com/fcapmanual>], acesso em 20/07/2017.

ECONOMIDES, Kim. “Lendo as ondas do ‘movimento de acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?”. In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARAVALHO, José Murilo; CARNEIRO, Leandro; GRYNSZPAN, Mario. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 61-76. Disponível em [http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/39.pdf], acesso em 05/07/2017.

EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2017.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1977.

ERICHSON, Howard M. “The problem of settlement class actions”. *The George Washington Law Review*, n. 3, v. 82, pp. 951-989, mai.2014.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros: 2010.

_____. “A definição do interesse público”. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, pp. 79-90.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

FINK, Daniel Roberto. “Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)”. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 113-139.

FISCHER, Robert; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, RT, 2004.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. “Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em face do caráter individualista do controle judicial da administração no Brasil”. In: ROCHA, João Carlos Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; Cazetta, Ubiratan (coord.). *Ação civil pública. 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 265-277.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breves apontamentos sobre a mediação no direito de família. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, n. 1, ano 2, pp. 185-228, 2016. Disponível em [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0185_0228.pdf], acesso em 13/09/2017.

_____. *Repercussão geral das questões constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos (Tese)*. São Paulo: USP, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Emerson. “As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento”. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; e ROSENVALD Nelson (coord.). *Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 155-166.

_____. *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. “Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 62-82.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

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

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. “Recensões. Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, American civil procedure”. *Revista de Direito Processual Civil Genesis*, n. 6, pp. 577-864, set.-dez.1997.

GISMONDI, Rodrigo A. Odebrecht Curi. “Mediação pública”. *Revista eletrônica de direito processual. Volume especial: a nova lei de mediação brasileira. Comentários ao projeto de lei 7169/2014*, ano 8, v. 13, pp. 168-202, 2014.

GODINHO, Robson Renault e COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Ministério Público (coleção repercussões do novo CPC)*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. v. 1. Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito civil brasileiro. v. 3. Contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: Editora de direito, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ajustamento da conduta e defesa da concorrência”. *Revista do IBRAC*, n. 1, v. 16, pp. 187-197, 2009. Disponível em [<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>], acesso em 08/01/2018.

_____. “Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 423-448.

_____. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *Revista de Processo*, n. 164, v.33, pp.9-28, out. 2008.

_____. “Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*. São Paulo: Altas, 2015, pp. 1-21.

_____. “Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC”. *Jornal Estado de Direito*, 04/11/2015. Disponível em [<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo>], acesso em 13/12/2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. “Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos”. *Revista de processo*. n. 136, ano 31, pp. 249/267, jun.2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 423-448.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. v. III. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GUERRA, Sérgio. “Discrecionariiedade no Ministério Público: balizamento e dever de fundamentar”. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 357-381.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Máira Luísa Milani de; e FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. “Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização”. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, pp. 331-344.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. “O instituto da leniência na Lei nº 12.843/13”. In: Ministério Público do Estado de São Paulo. *Apontamentos à lei anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/13)*. São Paulo: MPSP, 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. “Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva”. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, pp. 721-732.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LINS, Ana Cristina Bandeira. “Ações coletivas: análise prática”. Disponível em [http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/acoes_coletivas.pdf], acesso em 03/07/2017.

LOBÃO, Carla. “Compromisso de cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto”. *Revista do IBRAC*, n. 8., v. 8, pp. 87-98, 2001.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Estado de direito e Estado em rede. Um conceito em construção. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, n. 3, ano 1, pp. 367-383, 2015. Disponível em [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0367_0383.pdf], acesso em 31/07/2017.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania. O novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: Faria, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros: 2010, pp. 113-143.

_____. “A definição do interesse público”. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, pp. 91-99.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem. Curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Forense, 2012, pp. 57-85.

LUGO, Andrea. “Azione popolare”. In: *Enciclopedia del diritto*. v. IV. Milano: Giuffrè Editore, 1959, pp. 861-871.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MA, Yue. A discricionariedade do Promotor de Justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do CNMP*, n. 1, pp. 191-229, 2011.

_____. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. *Revista do CNMP*, n. 1, pp. 11-41, 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACIEL, Débora Alves. “Conflito social, meio ambiente e sistema de Justiça: notas sobre o novo papel do Ministério Público brasileiro na defesa de interesses difusos”. *Revista Plural*, v. 8, USP, pp. 5-27, 2ºsem.2011.

MAGALHÃES, Waldir Gomes. “A ação popular”. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 14, pp. 220-230, jan.-mar.1996.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Os Pensadores: Bronislaw Malinowski - Argonautas do Pacífico Ocidental*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 14. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

_____. “A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense”. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 796. São Paulo: RT, fev. 2002, pp. 11-38.

_____. “Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos”. *Revista de Processo*, n. 164, ano 33, pp. 152-169, out.2008.

_____. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo, RT, 1998.

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Corso di diritto processuale civile. v. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*. 11. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto processuale penale italiano. v. I. 4. ed. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952.*

MARCATO, Antônio Carlos. “Algumas considerações sobre a crise da Justiça”. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 21-42.

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

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal. v. I. 2. ed. atualizada*. Campinas: Millennium Editora, 2000.

_____. *Elementos de direito processual penal. v. II. 3. atualização*. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MARTIN-GRANIZO, Mariano Fernandez. *El Ministerio Fiscal en España. Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español*. Madrid: 1977.

MARTINS, André Chateaubriand. “A administração pública na reforma da lei de arbitragem”. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 21-34.

MAYER BROWN LLP. “Do Class Actions Benefit Class Members? An Empirical Analysis of Class Actions”. Disponível em [https://www.mayerbrown.com/files/uploads/Documents/PDFs/2013/December/DoClassActionsBenefitClassMembers.pdf], acesso em 20/07/2017.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEUD, Jean. *Leçons de droit civil*. v. II. t. 3. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. “Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 231-344.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “O acesso à justiça e o Ministério Público”. *Revista dos Tribunais*, v. 638, pp. 241-249, dez.1998.

_____. *O inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELES, José Dilermando. *Ministério Público: sua gênese e sua história*. Brasília: 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Mothers and fathers of invention: The intellectual founders of ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 16, n. 1, 2000, pp. 1-37. Disponível em [http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi? article=1542&context=facpub], acesso em 11/09/2017.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. “O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental”. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, pp. 149-164.

MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 20 anos*. São Paulo: RT

_____. *A Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *A Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1998.

MOFFITT, Michael L. “Before the big bang: the making of an ADR pioneer”. *Negotiation Journal*, pp. 437-443, President and Fellows of Harvard College, oct.2006. Disponível em [https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael_Moffitt-Before_the_Big_Bang-The_Making_of_an_ADR_Pioneer.pdf], acesso em 05/07/2017.

MÔNACO, José Luiz. *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MORELLO, Augusto M. *La tutela de los intereses difusos em el derecho argentino. Legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas. Enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004.

NEGRO, Franco. “Indisponibilità giuridica”. *Novissimo Digesto Italiano*. v. VIII. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1962, pp. 605-607.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NETO, Adolfo Braga. “A mediação de conflitos no contexto empresarial”. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 83, v. XIII, dez 2010. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arti_go_id=8627], acesso em 16/12/2017.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Governo e Governança em Tempos de Mundialização”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, pp. 41-47, 2006. Disponível em [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42540/41309>], acesso em 08/01/2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação civil pública. Enfoques trabalhistas. Doutrina. Jurisprudência. Legislação*. 2. ed. São Paulo, RT: 2013.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Suzana Fairbanks Lima de. *A racionalização da atividade do Ministério Público no processo civil (Tese)*. São Paulo: USP, 2008.

ORTON, Frank. “Evolution and perspectives of the institution of the Ombudsman”. In: SICILIANOS, Linos-Alexander (Ed.). *The prevention of human rights violations*. Haia: Kluwer Law International, 2001, pp. 225-231.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelas: Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=7EkWRS-8MbEC&pg=PA3&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false]. Acesso em 31/07/2017.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil. v. III*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. Barueri: Manole, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. v. I. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Instituições de direito civil. v. III. Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. 15. ed. Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012.

PETERS, Edward. “Reviewed Work: From Medieval Group Litigation to Modern Class Action by Stephen C. Yeazell”. *The American Journal of Legal History*, n. 4, v. 34, pp. 429–431, 1990. Disponível em [www.jstor.org/stable/845840], acesso em 10/01/2017.

PINHO, Humberto Dalla B. de. *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1998.

PINTO, José Emilio Nunes. “A arbitragem na recuperação de empresas”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, pp. 79-100, out.-dez.2005.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério Público e controle da administração pública*. Birigui: Boreal, 2016.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. XI. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, P. H.. “Algumas considerações sobre o Ministério Público no Direito estrangeiro”. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 10, pp. 15-40, 2016.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das obrigações*. Tomo XXV. Atualizado por NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2012.

PORFÍRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. *Acordos ambientais (Tese)*. São Paulo: USP, 2005.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil. Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. “Comentários à lei da ação civil pública”. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 316-335.

_____. “Em defesa da ‘vigente’ lei da ação civil pública”. In: MILARÉ, Édís. (org.). *A Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, pp. 349-362.

_____. “Mandado de segurança e os atos praticados pelo Ministério Público em inquérito civil”. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

(org.). *Aspectos polêmicos e Atuais do mandado de Segurança - 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, pp. 422-442.

_____. “Processo e constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo”. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 115-126.

_____. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos. Meio Ambiente. Consumidor. Improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade, In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 165-216.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil. Negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RANGEL, Roberta Maria. “As regras da lei de mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública”. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017; pp. 267-283.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public: entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Générale de Dorit et de Jurisprudence, 1967.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. “Funções administrativas e discricionárias do Ministério Público”. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Altas, 2010, pp. 339-355.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Altas, 2010.

RIBEIRO, Luis Celso Cecílio Leite. *O termo de ajustamento de conduta como meio alternativo para a solução dos conflitos ambientais*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: PUC, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família*. São Paulo: Ícone, 2009.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. Teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “Breves reflexões sobre o potencial do novo Código de Processo Civil para aprimorar a tutela processual coletiva”. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; FILHO, Robério Nunes dos Anjos. (org.). *Reflexões sobre o novo código de processo civil*. v. 1. Brasília: ESMPU, 2016, pp. 333-371.

RODRIGUES, João Gaspar. “Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutive do Ministério Público”. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 4, v. 8., pp. 55-90, jul.-dez. 2015.

_____. “Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal”. In: Chaves, Cristiano; Alves, Leonardo Barreto Moreira; e Rosendal Nelson (coord.). *Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 175-221.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. “Inquérito civil e termo de ajustamento de conduta: limites à atuação do Ministério Público”. In: Moreira, Alberto Camiña; Alvares, Anselmo Prieto; Bruschi, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva. Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 186-195.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. *A legitimação do Ministério Público para defesa de direitos e garantias constitucionais*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

_____. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem. Curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Forense, 2012.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

SANDER, Frank Ernest Arnold. “Varieties of dispute processing”. In: CARRIE, Menkel-Meadow; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer (org.). *Mediation: practice, policy, and ethics*. 2. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. Disponível em [<https://books.google.com.br/books?id=r53fDgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>], acesso em 05/07/2017.

SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto processuale penale*. Torino: Editrice Tornese, 1954.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1954.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada*. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. “O estado democrático de direito”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 173, pp. 15-34, jul./set. 1988.

SILVA, José Luiz Mônaco da Silva. *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. “Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados”. In: Salles, Carlos Alberto de; Lorencini, Marco Antônio Garcia Lopes; Silva, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem. Curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Forense, 2012, pp. 1-25.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública – Instrumentos de tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STEFANI, Marcos. O Ministério Público, o novo CPC e o negócio jurídico processual. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da; (org.). *Ministério Público. Coleção Repercussões do novo CPC*. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 211-221.

STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

STUCCHI, Gisele Beltrame. “Transação relativa aos direitos decorrentes do código de defesa do consumidor”. *Revista de direito do consumidor*. v. 6. São Paulo, abr.-jun. 1993, pp. 191-218.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

TALAMINI, Eduardo. “A arbitragem e a parceria público-privada (PPP)”. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: RT, 2005, pp. 333-358.

_____. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)”. *Revista de processo*, n. 128, ano 30, pp. 59-77, out. 2005.

_____. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória - versão atualizada para o CPC/2015)”. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Justiça multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: juspodivm, 2017, pp. 275-297.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

_____. “Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar”. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem. Curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Forense, 2012, pp. 149-178.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEOTONIO NEGRÃO, GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme A.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TROTT, Stephen. “O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial”. *Revista CEJ*, n. 37, v. 22, pp. 69-93, abr.-jun.2007.

VANHONI FILHO, Vidal. “Suspensão do processo: Natureza Jurídica da Suspensão do Processo”. Disponível em [<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16784-16785-1-PB.htm>], acesso em 07/01/2018.

VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Tese – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

VELLANI, Mario. *Il pubblico ministero nel processo. Profilo storico*. v. I. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1965.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “Comentários à lei da ação civil pública”. In: COSTA, Susana Henriques da (org.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 524-553.

VIEGAS, Vera Lúcia. “*Ius cogens* e o tema da nulidade dos tratados”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, v. 36, pp. 181-196, 1999.

VIEIRA, Fernando Grella. “A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público”. *Revista Justitia*, n. 161, pp. 140-153, jan.-mar. 1993.

_____. “A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta”. In: Milaré, Édís (coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 262-290.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”. *Revista de processo*, n. 34, ano IX, pp. 197-206, abr.-jun.1984.

_____. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WROBLESKI, Henry M. e HESS, Kären M. *Introduction to law enforcement and criminal justice*. 8. ed. Belmont, CA: Wadsworth Publishing, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZANETI JR., Hermes. “Código de processo civil 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional”. In: GODINHO, Robson Renault e COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Ministério Público (coleção repercussões do novo CPC)*. Salvador: Juspodivm, out.2015, pp. 43-60.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2017.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. (org.). *Civil Justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*. Oxford New York: Oxford University Press, 2003.

ZUFELATO, Camilo. “Legitimidade ativa de associações, autorização individual, e os limites subjetivos da coisa julgada em recente decisão do STF: um retrocesso para a tutela coletiva”. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 25-51.