RENAN MARCELINO ANDRADE

Solução extrajudicial de conflitos coletivos

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Camilo Zufelato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

-2017-

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo

RENAN MARCELINO ANDRADE

Solução extrajudicial de conflitos coletivos

Dissertação de mestrado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Camilo Zufelato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

-2017-

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

ANDRADE, Renan Marcelino
Solução extrajudicial de conflitos coletivos / Renan Marcelino ANDRADE ; orientador Camilo ZUFELATO -- São Paulo, 2017.
288

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Processo coletivo. 2. Meios alternativos para resolução de conflitos. 3. Mediação Coletiva. 4. Conciliação Coletiva. 5. Arbitragem Coletiva. I. ZUFELATO, Camilo, orient. II. Título.

Nome: ANDRADE, Renan Marcelino

Título: Soluções extrajudiciais de conflitos coletivos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Teço agradecimentos à minha *Alma Mater*, Largo de São Francisco, a que encontrei ainda menino e vem me ajudando, há mais de oito anos, a crescer como pessoa e como profissional. Na mesma toada, a meu orientador, que me conferiu a grandiosíssima oportunidade e responsabilidade de fazer parte do programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo, dando-me ampla liberdade para caminhar com minhas próprias pernas, mas sem se ausentar quando foi necessitado.

A meus companheiros escolhidos na vida, os amigos, que são como família. Sejam aqueles da infância, que ainda hoje persistem; sejam aqueles do início da vida adulta, que inclusive fizeram parte da minha construção como aluno da Facvldade de Direito.

Em especial, àqueles colegas franciscanos que me convenceram a arriscar uma vaga na pós-graduação em processo civil: Anderson Amaro, Leonardo Toiomoto, Lucas Durigan, Pedro Mouallem e Rodrigo Reginaldo. Não fosse a insistência de vocês, talvez nada teria se realizado.

À família que a vida me deu, com a felicidade de poder tê-los como também melhores amigos. Sem eles, não há nada. Tudo o que positivamente sou, devo a eles.

Meu mais sincero obrigado, a todos.

A ambos, por tudo o que já fizeram por mim:

Se um dia, já homem feito e realizado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras desmoronam, que não há ninguém à tua volta para te estender a mão, esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade, volta à tua infância e balbucia, entre lágrimas e esperanças, as últimas palavras que sempre te restarão na alma: ***minha mãe, meu pai****...*

Ruy Barbosa.

ANDRADE, Renan Marcelino. *Solução extrajudicial de conflitos coletivos*. 2017. 282p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

A presente dissertação visa a estudar soluções extrajudiciais para conflitos de natureza coletiva, atentando-se à questão da evolução da tutela processual coletiva no Brasil, bem como observando a crise da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário brasileiro, que o faz de forma ineficaz em razão da insuficiência de recursos estruturais e humanísticos ante a enorme demanda que ultrapassa os 100 (cem) milhões de processos contingenciados. A existência do processo coletivo, por si só, não está sendo suficiente nem para diminuir o contingente de processos, nem para impedir o exacerbado ajuizamento de novas demandas. A solução extrajudicial dos conflitos coletivos é posta como mais um mecanismo à disposição dos interessados a fim de dar fim ao conflito social, sendo desnecessária a intervenção judicial em todos os casos. Para tal finalidade, constrói-se uma base de argumentação jurídica racional sólida a justificar a dispensa do processo judicial como legitimante da solução alcançada. Analisam-se as principais técnicas extraprocessuais hodiernamente em voga no país para a consecução do acordo coletivo, a saber, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Ao final, as consequências do advento desse acordo.

Palavras-chave: processo coletivo; tutela coletiva; solução extrajudicial; mediação coletiva; conciliação coletiva; arbitragem coletiva.

ANDRADE, Renan Marcelino. *Solução extrajudicial de conflitos coletivos*. 2017. 282p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The following dissertation searches to study extrajudicial solutions to collective-wise conflicts, paying attention to the question of the evolution of the procedural collective decision-taking in Brazil, looking up to the crisis of the jurisdictional ruling in brazilian's Judiciary System, which is given in an inefficient way due to lack of structural and human resources given the huge demand that surpasses 100 (a hundred) million lawsuits in contingency. The sole existance of the collective procedural is not being sufficient to diminute the stock of lawsuits neither it is to stop the exaggerated filing of new lawsuits. The extrajudicial solution of the collective conflicts is displayed as one more instrument at the disposal of the interested ones in order to end the social conflict, being unnecessary the judicial intervention in every single case. For that goal, builds a solid rational juridical argumentation base in order to justify the waving of the civil procedure as what legitimizes the solution reached. The dissertation analyze the most used extraprocedural techniques in the country to accomplish the collective settlement, as such as negotiation, mediation, conciliation and arbitration. In the end, the dissertation studies the consequences of such settlement.

Keywords: Class action, collective ruling, extrajudicial solution, collective mediation, collective conciliation, collective arbitration.

ÍNDICE:

1. INTRODUÇÃO 7

1.1. Do tema 7

1.2. Da justificativa de escolha 8

1.3. Da delimitação do tema 11

2. DOS DIREITOS COLETIVOS 15

2.1. Conceitos 15

2.2. Consolidação da tutela coletiva no Brasil e seus novos passos 19

2.3. Espécies de interesse coletivo segundo a lei nacional 26

2.4. Ineficiência da visão clássica para satisfazer o estudo das tutelas coletivas 28

3. DAS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS COLETIVOS 31

3.1. Enfrentamento às críticas sobre os acordos 31

3.2. A indisponibilidade do direito material coletivo e a admissibilidade das soluções extrajudiciais de conflitos coletivos no ordenamento brasileiro 49

3.3. Extensão e profundidade de objeto na solução extrajudicial do conflito coletivo 99

3.4. Legitimidade de agir extrajudicialmente 108

3.4.1. Associações 109

3.4.2. Entes públicos em geral 122

3.4.3. Agências reguladoras 133

3.4.4. Defensoria Pública 145

3.4.5. Ministério Público 156

4. DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE

CONFLITOS E DA SUA APLICABILIDADE NA VIA COLETIVA 171

4.1. Da negociação 172

4.2. Da mediação 178

4.3. Da conciliação 198

4.4. Da arbitragem 204

5. INSTRUMENTALIZAÇÃO

5.1. Instrumentalização da solução extrajudicial: importância e limites subjetivos e objetivos 221

5.2. O termo de ajustamento de conduta e sua natureza jurídica 227

5.3. Outras formas de instrumentalização 233

6. DAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COLETIVOS 243

6.1. Da coletividade difusa 238

6.2. Da coletividade categorizada 255

6.3. Da coletividade acidental 258

6.4. Da individualidade *stricto sensu* 266

7. CONCLUSÃO 273

ANEXO – REFERÊNCIAS 279

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

1.1 – DO TEMA

Tema de grande apreço a mim é o estudo dos litígios de massa.

De vertiginoso crescimento no Brasil e no mundo, vem se consolidando como um tema de relevância social, do ponto de vista comunitário, e prática, do ponto de vista do Estado.

Não se trata, aqui, de tecer elucidações meramente acadêmicas. O estudo da litigiosidade coletiva e sua solução é primordial ao bom desenvolvimento da sociedade contemporânea. A questão é de grandiosíssima relevância prática, e assim será encarada.

Tendo em vista a necessidade de se estabelecer um foco sobre o tema, por conta de sua vastidão, optou-se por se debruçar na *solução extrajudicial dos conflitos coletivos*, tema que inclusive nomeia esta dissertação, observando sua aplicabilidade, alcance, profundidade, efeitos e eficácia dentro do ordenamento brasileiro.

Para tanto, a fim de nortear os estudos, há de se observar a análise de possibilidade de atuação das associações privadas, das agências reguladores, que notoriamente auxiliam o Estado na infringência direta sobre o campo do direito coletivo, assim como a atuação do Ministério Público, órgão de suma relevância para nosso Estado

Democrático de Direito e a eficácia dos métodos de solução extrajudicial para os conflitos coletivos.

Essa análise imprescinde de um prévio delineamento, que se fará já no segundo capítulo desta dissertação, acerca das facetas em que se expõem os litígios coletivos, expostas mesmo *de lege ferenda* precisamente no parágrafo do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor[1].

1.2 – DA JUSTIFICATIVA DE ESCOLHA

A escolha do tema se justifica em virtude do vertente crescimento das lides coletivas, por assim dizer, para se adequar à eventual busca da tutela jurisdicional ao princípio da estrita necessidade (*ultima ratio*), observando-se ainda os efeitos que podem surgir na esfera coletiva e individual quando da solução extrajudicial.

Isso porque na sociedade globalizada e capitalizada contemporânea, que se sustenta na relação de massa, a tendência é que litígios de ordem coletiva sejam cada vez mais parte não só do debate jurídico, mas também sociológico e político. Fechar os olhos para essa temática, ignorando também todos os problemas vividos pelo Poder Judiciário em termos de morosidade e efetividade, é receita para o caos. É momento de se enfrentar a matéria e buscar soluções.

Como reiteradamente anotado pela doutrina, o processo coletivo brasileiro é um dos mais importantes do mundo, pois sua legislação é largamente desenvolvida[2].

---

[1] Já de antemão: Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. / Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: / I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; / II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; / III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[2] Nesse sentido: GIDI, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 244; GIUSSANI, Andrea, *apud* LEONEL. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São

Podemos verificar ainda que, nos últimos anos, verificou-se uma consolidação do processo coletivo no país, com o amadurecimento da cultura processual coletiva, bem como da própria legislação atinente às questões macrolitigiosas.

Não obstante, verifica-se que a tutela coletiva ainda suscita muitas dúvidas, sejam práticas, sejam teóricas, razão pela qual não podemos nos dar por satisfeitos com o "confortável" posto de "legislação-exemplo", sendo mister a busca por efetivamente fazer valer todo esse alicerce legal que nos ampara[3].

O acesso à justiça muitas vezes só é viável por meio do exercício coletivo do direito de ação, pois os custos individuais de uma demanda muitas vezes não compensam o próprio direito que se visa tutelar. Não obstante, muitas vezes é possível obter um acordo satisfatório para a lide coletiva mediante solução extrajudicial desta, contribuindo tanto para a autocomposição quanto para o necessário desafogamento do Poder Judiciário[4], numa solução certamente mais célere e menos custosa.

Por outro lado, diga-se ainda que evitar o desnecessário ajuizamento de uma demanda coletiva por meio de uma solução extrajudicial coopera para a solução mais ágil não só do conflito em si, mas para todos os demais conflitos, tendo em vista que as ações coletivas são, naturalmente, mais complexas e demandam maior cautela e tempo por parte do julgador. Dessa forma, impulsiona o implemento do princípio da celeridade positivado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, sob dupla ótica, direta e indireta.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52; LEONEL. *Manual do processo coletivo*, 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 52 e 48.

[3] Nesse sentido: GIDI. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 244.

[4] Pontuando sobre a sociedade americana, GALANTER fez notas que entendo plenamente cabíveis ao caso brasileiro: "One reason our courts have become overburdened is that Americans are increasingly turning to the courts for relief from a range of personal distresses and anxieties. Remedies for personal wrongs that once were considered the responsibility of institutions other than the courts are now boldly asserted as legal "entitlements." The courts have been expected to fill the void created by the decline of church, family, and neighborhood unity" (GALANTER, Marc. *Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about tour allegedly contentious and litigious society.* 31 UCLA Law Review n.4. October, 1983).

Ocorre ainda que diversos aspectos da solução extrajudicial coletiva vêm sendo objetos das mais variadas problemáticas. Veja-se que há em alguns casos acolhimento de falta de interesse de agir pela solução extrajudicial; em outras questões debate-se a questão da prejudicialidade, ante a existência de um prévio acordo no âmbito coletivo; por uma terceira via, alguns entendem que a ocorrência no plano coletivo não interfere no plano individual, à luz do artigo 5º XXXV, da Constituição Federal combinado com artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; ao fim, podemos aduzir ainda que há quem entenda pela própria invalidade das soluções extrajudiciais de lides coletivas, ante a natureza indisponível do direito coletivo.

É de se observar, tanto no plano teórico quanto fático, a atuação das associações privadas, representantes dos interesses de seus associados, e das agências reguladoras estatais, braços destacados do Estado que são justamente para a melhor solução de questões de extrema relevância para o interesse social. Principalmente, como não podia deixar de ser, será feita referência ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Por tais razões é que se justifica um estudo aprofundado sobre os aspectos que envolvem a questão da solução extrajudicial das lides coletivas, já que notoriamente trata-se de um instrumento que, a par de sua validade e pertinência dentro do ordenamento jurídico, inegavelmente se mostra como um método potencialmente eficaz de dar fim a uma discussão (a solução satisfatória da lide há de ser estudada e debatida no desenvolvimento próprio da dissertação, tendo em vista a necessidade de alongamento no assunto).

Assim, objetiva-se em verdade a formação de um posicionamento sólido sobre o tema, na humilde expectativa de se lograr auxiliar o jurista em geral – magistrados, advogados, promotores e procuradores – a aplicar os diversos institutos processuais no âmbito das ações coletivas, bem como verificar o intrometimento das soluções extrajudiciais na solução destas judicializadas, assim como na das próprias ações coletivas.

Tudo para que, diante dos novos limites atingidos pelo direito processual pátrio, seja possível a continuação do crescimento do uso das mais diversas soluções

hábeis à satisfação das lides coletivas, tudo como forma de se maximizar os já aludidos princípios constitucionais do acesso à justiça e da celeridade processual, sem que isso represente um sacrifício ao próprio direito de ação, seja sob a ótica coletiva, seja individual.

Como se verifica, são diversas as questões que se pretende analisar. Dá-se início a seguir.

1.3 – DA DELIMITAÇÃO DO TEMA

Importante ressaltar a delimitação do objeto de estudo, tendo em vista a complexidade da matéria, que daria ensejo a inúmeras e inúmeras páginas sobre os mais diversos subtemas.

Este trabalho focará na solução extrajudicial dos conflitos coletivos, como ramo de autocomposição visando a concretizar o direito coletivo resguardado pelo ordenamento, bem como a implementar essa tutela mediante criações extraprocessuais.

Nesse sentido, não será objeto de ampla análise todos os assuntos tangentes à solução extrajudicial dos conflitos coletivos, tais como a capacidade de agir dos entes legitimados, as inúmeras ações coletivas típicas previstas na legislação, os debates sobre a tipificação dos interesses coletivos pela legislação, os vários diplomas legislativos esparsos que tratam da tutela coletiva, dentre outros aspectos. Naturalmente, tais temas não serão totalmente ignorados, já que muitas vezes serão mencionados e inclusive serão adotados como premissas de posicionamento – ocasiões em que a dissertação esclarecerá qual a premissa está sendo adotada.

Outro aspecto importante de se esclarecer é que a menção a solução *extrajudicial* dos conflitos coletivos ora tratada não significa solução alheia a um processo judicial. O processo judicial pode advir como mecanismo de negociação da solução extrajudicial, ou mesmo poderá o processo judicial servir como complemento à negociação coletiva, ou esta última àquele. *Extrajudicial* não significa necessariamente *extraprocessual*, sendo plenamente admitido aqui, quando se falar em solução

extrajudicial tanto a autocomposição *extra* quanto *endoprocessual*, além da heterocomposição não-estatal (arbitragem)[5]. O sentido que aqui se emprega à expressão *extrajudicial* é de ausência de intervenção do juiz como órgão que *imporá* uma decisão conforme seu próprio convencimento e os ditames do ordenamento jurídico, mediante as estritas fórmulas processuais estatais. Assim, o tema pode ser entendido de certa forma também como solução *consensual* dos conflitos coletivos.

A escolha da expressão *extrajudicial*, no lugar de outras que poderiam ser adotadas, deu-se com a finalidade de reforçar a ideia que aqui se defenderá, de *autonomia* da tutela dos conflitos coletivos em relação à figura do juiz estatal e ao trâmite processual jurisdicional estatal, em contraponto à *necessariedade da jurisdição estatal* que, nesse estudo, não será admitida como regra para os conflitos coletivos.

Menciono ainda que o objetivo aqui é estudar a utilização do mecanismo de solução de conflito sob a ótica do dito *Sistema de Justiça* brasileiro. Não se pretende, aqui, estudar a utilização dos Sistemas Político ou Econômico para a solução de conflitos[6]. Quando mencionarmos a expressão *extrajudicial*, nos referiremos especificamente aos demais integrantes do Sistema de Justiça em geral, e não a todos os integrantes dos demais Sistemas que compõem a sociedade. Daremos destaque ao

---

[5] Reputo a arbitragem uma heterocomposição *sui generis*, pois diferentemente da heterocomposição estatal, a qual prescinde de qualquer concordância entre os envolvidos para imposição do *decisum* ali proclamado, a arbitragem depende de uma prévia concordância em submeter o litígio ao juízo arbitral (convenção ou compromisso de arbitragem, conforme o caso). Assim, apesar de a solução, vista ao seu final, ser heterocompositiva, já que decidida por terceiro de forma impositiva, o alicerce dessa solução é em verdade uma autocomposição quanto ao *método* de tutela.

[6] Exemplo dessa utilização tivemos no Brasil com a questão do FGTS e dos expurgos, em que se criou legislação para mitigar os efeitos dos prejuízos tanto ao Fundo quanto aos fundiários, trazendo à tona a multa de 50% do montante do FGTS devido ao trabalhador durante o pacto laboral para os casos de dispensa imotivada, em que 10% dessa multa é destinada ao próprio Fundo para reposição, ao passo em que outros 40% são destinados ao trabalhador como mecanismo de salvaguarda à dispensa imotivada. Nos Estados Unidos, WEINSTEIN menciona o litígio do cigarro, em que os processos judiciais, coletivos e individuais, não foram frutíferos e nem mesmo foram conciliados entre as partes que nunca chegaram em qualquer acordo, tendo a solução vinda do sistema político e econômico, com o aumento da taxação sobre o cigarro, as campanhas sócio-educativas, a proibição de consumo do cigarro em lugares fechados etc., medidas todas adotadas no campo do legislativo, do executivo e do próprio meio econômico (WEINSTEIN, Jack B.. *Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)*. 78 Fordham L. Rev. 1265 (2009), pp. 1265-1272.
In: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8, acessado e baixado em 16/11/2016, pp. 1270-1271). Mesmo aqui no Brasil recentemente adotamos duríssima legislação contra o cigarro, envolvendo tanto a taxação quanto campanhas publicitárias quanto proibições de consumo.

Ministério Público, à Advocacia privada e pública, às posições ocupadas pelas Agências Reguladoras e aos mediadores[7]. Tal destaque é importante para que este trabalho não pareça incompleto ou ainda pretenso a discutir o que certamente não caberia numa dissertação de mestrado e exigiria volumes e volumes de uma obra completa. Pretendo, aqui, ser cirúrgico sobre o objeto de estudo, por isso importante saber quais os seus limites.

Cabe ressalvar que a defesa desses mecanismos não judiciais para a solução dos conflitos, inclusive colocando-os como meios concorrentes e não subsidiários um a outro, não significa que se está, aqui, igualando sob o ponto de vista jurídico a jurisdição estatal e as outras formas de composição dos conflitos. Juridicamente, as diferenças são muitas – e não é a intenção aqui destaca-las. Tal esclarecimento é importante para que não haja dúvidas sobre o sentido dogmático jurídico empregado aos termos. A equivalência que se dá é no sentido sociológico-finalístico, de pacificação social. Como bem pontuou DINAMARCO, há uma equivalência funcional entre a atuação imperativa estatal e os outros métodos compositivos legítimos, já que o fim último, teleológico, é a pacificação social[8].

---

[7] Esses sabidamente não são os únicos integrantes do complexo Sistema de Justiça em nosso país, podendo ser mencionados outros como as polícias federais e civis, os cartórios extrajudiciais – especialmente após as reformas do nosso processo civil –, e certamente o centro nevrálgico disso tudo que é o Judiciário, sendo este Poder mencionado como salvaguarda mas não o enfoque da produção da solução do conflito. Nesse sentido, a ressalva também utilizada por CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade*. Texto para discussão nº 1328. Fev./2008. Brasília: IPEA, 2008, p. 7.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 126.

CAPÍTULO 2 – DOS DIREITOS COLETIVOS

2.1 – CONCEITOS

Para uma boa delimitação do assunto que se pretende tratar, interessante observar uma conceituação, sem querer nela esgotar o assunto, mas transmitir o seu essencial. Também não se pretende ser, aqui, absolutista, como se fosse possível falar em terminologias mais ou menos corretas. Há divergência ampla na doutrina sobre qual a melhor terminologia a se utilizar[9]. Esta dissertação, neste momento, está explicitando a terminologia que, a seu humilde ver, parece mais adequada – e isso não exclui nem desmerece outras.

Sobre o *conflito*, pode se dizer que a mais abalizada doutrina o definiu a partir da ideia de *lide*, qual seja o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, conforme clássico ensinamento carneluttiano. Esse *conflito de interesses* seria a incidência de interesses de dois ou mais indivíduos sobre um mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos ou a todos os interesses envolvidos. O conflito reside,

[9] Esta dissertação trará breves divergências nas nomenclaturas utilizadas pelos diversos doutrinadores, porém que não trazem maiores consequências a meu ver, desde que se saiba bem do que se está tratando.

assim, nas *exigências não satisfeitas*. A exteriorização desses interesses se daria na forma da *pretensão*, que pode ou não ser deduzida em juízo[10].

Pode-se dizer que as *ações coletivas* são demandas propostas por um ente que, legitimado pela lei, ajuíza ação em prol de uma coletividade[11], presumidamente representando esta adequadamente em juízo, de modo tal que a procedência possa, em favor desta mesma coletividade, ser aproveitada e também afetada pela coisa julgada.

Assim, podem ser vistas como espécie do gênero *ação coletiva* as ações populares, as ações coletivas *stricto sensu* e as ações civis públicas.

Ações populares são aquelas propostas pelo cidadão em defesa do patrimônio público, assim entendido os bens e direitos de valor não só econômico, mas também artístico, estético, histórico ou turístico[12].

Ações coletivas *stricto sensu*, inclusive o mandado de segurança coletivo, são aquelas propostas por um dos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor que não o Ministério Público[13].

Ações civis públicas são as demandas de objeto não-penal propostas pelo Ministério Público[14].

---

[10] Breves ensinamentos consignados por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120.

[11] Vale trazer o posicionamento de FERRARESI, para quem a ação de improbidade administrativa, apesar de tutelar os mesmos direitos tutelados pela ação popular, não tem uma natureza própria de ação coletiva, em razão de que há uma finalidade ínsita de punir o agente ímprobo, bem como uma tutela voltada meramente ao erário e não à tutela específica em si. Diz, *ipsis litteris*, que "probidade não é direito difuso" (p. 223). Cf. FERRARESI, Eurico. Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* (Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 220-223.

[12] Cf. art. 1º, *caput* e §1º, da Lei 4.717/65.

[13] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 73-74.

[14] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit*., p. 73.

Contudo, nem toda lei seguiu essa técnica de nomenclatura. A Lei da Ação Civil Pública utilizou-se, como o seu nome forense inclusive sugere, indiscriminadamente da expressão "ação civil pública" para denominar as demandas ali tratadas[15]. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, tratou do gênero *ação coletiva*, sendo mais rigoroso na nomenclatura.

Tal, por sua vez, não gera nenhum prejuízo efetivo aparente. É plenamente possível fazer a leitura interpretativa mais adequada e verificar que tanto a Lei da Ação Civil Pública não legitima exclusivamente o Ministério Público como o Código de Defesa do Consumidor não exclui a legitimidade deste mesmo ente.

Por entender mais correto, me referirei via de regra às ações coletivas, gênero, por meio desta mesma expressão. Em sendo o caso de individualizar, o farei por meio da nomenclatura mais adequada e explicitarei isso no texto. Sem prejuízo, é importantíssima a ressalva de que "de qualquer forma, em relação ao direito subjetivo material, o direito de ação é abstrato, público e autônomo. Não importa o nome que se confira à ação. Não há tipicidade para o direito de ação"[16].

Há ainda discussão sobre a terminologia *interesse* e *direito*. Reputo, porém, que essa distinção, no nosso atual ordenamento[17], não tem grande utilidade

---

[15] Em comentários ao Projeto de Lei n. 5.139/2009, Eurico FERRARESI discorreu que "diante da nova legislação, é possível tirar a seguinte conclusão: 'ação civil pública' e 'ação coletiva' são termos que têm o mesmo sentido. O legislador utilizou-os indistintamente. Preferiu, porém, empregar na rubrica a expressão 'ação civil pública' por força da tradição do termo" (FERRARESI, Eurico. Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 218).

[16] FERRARESI, Eurico. Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

[17] Como bem anota LEONEL, nem em todos os ordenamentos é assim, fazendo o processualista a distinção comparativa com o ordenamento italiano, em que os direitos são julgados sob a competência da jurisdição civil, ao passo que os interesses são apreciados sob competência da jurisdição administrativa, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 77. O próprio autor, porém, destaca que essa diferenciação pode ter sido superada mesmo na Itália, na forma do artigo 24 da Constituição, citando em nota de rodapé questionamento de inúmeros doutrinadores do lácio, dentre eles Michele Taruffo em suas *Lezioni sul proceso civile*. Fica registrada a informação, que não alongamos por ausência de utilidade nesta dissertação.

processual, pois o tratamento processual é o mesmo para ambas hipóteses. Assim, não há razão para se dedicar páginas e páginas atrás de distinguir uma classificação que não acrescenta nada à aplicação da ciência[18].

Tanto a distinção não tem consequência prática que muitas vezes o legislador, inclusive constituinte, menciona interesse ou direito como sinônimos[19], e mesmo como expressões de reforço uma da outra. Por exemplo, o artigo 129 da Constituição Federal[20].

Dessa forma, não há razão para se ficar distinguindo um e outro. Importante é que se saiba que há meios de tutela para todos os interesses e direitos[21]. Aliás, essa denominação biforme representa uma noção individualista que pouco contribui ao estudo da tutela coletiva, pois a sua utilização se dá para comportar com tradicionais concepções de direitos subjetivos que, mormente na hodierna sociedade, pouco se enquadram no plano fático[22].

---

[18] Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, cabendo ressalvar porém que na página 100 de sua obra o autor aponta ser preferível (mas não mandatório, já que na página 114 reconhece defensável esse posicionamento) a utilização da expressão *interesse legítimo* ante a expressão *direito subjetivo*.

[19] Entendimento que referenda Elton VENTURI, que aponta que "com o advento da Lei 8.078-1990, [o ordenamento jurídico brasileiro] passou a adotar como sinônimas as expressões 'interesses' e 'direitos'" (VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176).

[20] Constituição Federal, 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; [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...].

[21] Constituição Federal, Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[22] Segundo GIDI, essa nomenclatura se deve ao "ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e 'imprecisa' determinação da sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo" (GIDI, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17).

Quanto às terminologias relativas às soluções extrajudiciais de conflitos coletivos, é muito comum que se aborde a figura do *compromisso de ajustamento de conduta*, que seria o ato por meio do qual uma parte adere à sugestão emanada pela outra parte, e do *termo de ajustamento de conduta*, ou simplesmente TAC, que se consubstancia na instrumentalização desse compromisso[23]. É comum em doutrina que se utiliza uma expressão pela outra[24], bastando ao intérprete fazer a necessária interpretação para identificar do que realmente se trata, não trazendo muito prejuízo. Pretendo, porém, sempre me referir a essas figuras conforme os significados ora expostos, mantendo coesa a dissertação.

Há ainda que se enaltecer o *acordo coletivo*, figura análoga ao TAC porém firmado pelos legitimados coletivos que não possuem legitimação para firmar o TAC[25]. Por tal razão, não convém dizer que o acordo coletivo instrumentaliza um compromisso de ajustamento de conduta, já que a mistura de elementos pode levar à confusão. Dessa forma, preferirá esta dissertação abordar o acordo coletivo como a instrumentalização de um *pacto entre legitimado coletivo e outrem*. Aqui, sim, há importante distinção prática, pois a forma como se dará a concretização do direito pactuado é muito diversa em um e em outro instrumento.

2.2 – CONSOLIDAÇÃO DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL E SEUS NOVOS PASSOS

Reputo importante trazer à tona a evolução da tutela coletiva no Brasil, demonstrando como paulatinamente o Sistema de Justiça como um todo vem recebendo

---

[23] *V.g.*, COSTA, Fernanda Pereira. *Termo de ajustamento de conduta – TAC.* Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor. Porto Alegre, Magister, 2005, v. 9, n. 54, dez./jan., 2013, p. 62; FONTES, Vera Cecília Gonçalves *et. al.*. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – nº 4, 2007, p.49.

[24] *V.g.*, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 349 e pp. 351-352.

[25] Haverá capítulo específico desta dissertação para tratar especificamente do TAC e dos acordos coletivos, razão pela qual não se aprofunda neste momento no tema.

mecanismos para trabalhar cada vez mais com a amplitude de seu potencial e menos com a individualidade característica do processo civil clássico.

Essa digressão prévia, que se pretende breve, é importante ainda para reforçar que essa evolução do processo coletivo é constante, a denotar que o objeto deste estudo, qual seja a solução extrajudicial de conflitos coletivos no âmbito do Sistema de Justiça brasileiro, apesar de ainda não expresso na legislação como admitido, pode caminhar nesse sentido desde os dias atuais e, potencialmente, será positivado eventualmente, a se conferir a utilidade do mecanismo após difundido.

Sendo o Direito uma criação humana para a vida em sociedade, seu estudo não pode, de modo algum, prescindir da análise contextualizada do momento (tempo) estudado, bem como das características da sociedade analisada (espaço). Assim, somente com uma visão englobada é que será possível vislumbrar seus aspectos positivos e negativos e para onde se pode caminhar.

O desenvolvimento da ação coletiva como gênero próprio, nas três categorias hoje verificadas (em defesa de interesses difusos, em defesa de interesses coletivos *stricto sensu* e em defesa de interesses individuais homogêneos), é contemporânea, reflexo do nosso momento histórico de capitalismo de massa e globalização[26]. Isso porque não vislumbro o surgimento do gênero *ação coletiva* numa só oportunidade, mas sim um desenvolvimento paulatino, conforme as necessidades.

Essa contextualização explica o advento dos ditos direitos de *terceira geração*[27] refletores de uma *segunda onda*[28] de acesso à justiça, que visam a responder

---

[26] Cf. GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41: "A positivação dos direitos difusos e a previsão de instrumentos para sua tutela jurídica são consequências diretas da evolução e crescente complexidade da sociedade moderna".

[27] Nomenclatura utilizada por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

[28] Nomenclatura utilizada por CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), p. 12.

"novos anseios e novas demandas da sociedade, culminando na positivação de novos direitos humanos fundamentais"[29].

Diante da massificação das relações sociais e por ocasião do fortalecimento do Estado de Direito e dos ideais republicanos e democráticos, é possível vislumbrar o contexto em que sancionada a Lei 7.437/85, denominada, na praxe forense, de Lei da Ação Civil Pública. Não curiosamente a lei passou a vigorar em 24 de julho 1985, apenas meses após o dia 15 de março de 1985 em que se considera findo o regime - militar no país com a eleição de José Sarney de Araújo Costa à presidência da República.

O diploma legal foi, notoriamente, um grande marco na defesa de interesses supraindividuais[30], pois institucionalizou a defesa de diversos interesses, conforme se infere mesmo da redação original do artigo 1º da norma, que previa a tutela do meio-ambiente, do consumidor e dos bens de valor artístico e congêneres. Por óbvio – natural da evolução da tutela coletiva – que a redação atual é muito mais gratificante à tutela dos direitos coletivos, mas não se pode ignorar que se trata da primeira lei sobre o tema promulgada após longo período de ditadura militar.

Destaca-se a defesa do consumidor institucionalizada pela Lei 7.437/85, sendo o reconhecimento de um novo momento sociocultural, em que a massificação das relações sociais, mormente na sociedade globalizada capitalista de consumo, atrai a necessidade de se tutelar potenciais lesões advindas dessa massificação. Veja-se que a defesa ao consumidor é consideravelmente inovatória ao que antes se tinha como tutelável pelas ações populares, focadas principalmente na defesa do interesse público e dos valores republicanos[31].

---

[29] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

[30] Conforme GIDI, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, *passim*, que utiliza a expressão como gênero para se referir ao que hoje comumente se denomina o que seriam os subgêneros interesses difusos e interesses coletivos *stricto sensu*.

[31] Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular): Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio

Três anos após a edição da Lei da Ação Civil Pública adveio a Constituição Federal de 1988, que passou a prever constitucionalmente a ação civil pública[32]. A partir de então, viu-se uma grande preocupação do legislador ordinário no sentido de ampliar a tutela, pela via coletiva, dos mais diversos interesses que poderiam ser vistos coletivamente. Para a análise desta legiferação, interessa-nos trazer à baila, com vênia pela sua longa extensão, o magistério de Ricardo de Barros LEONEL[33]:

> A preocupação do legislador com a proteção em juízo dos interesses coletivos não se encerrou no texto constitucional. Na ordem infraconstitucional, vieram a lume: a Lei 7853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei 8069/90, ou "Estatuto da Criança e do Adolescente", também tratando da tutela judicial de interesses coletivos; a Lei 8078/90, o "Código de Defesa do Consumidor"; a Lei 8492/92, denominada "Lei de Improbidade Administrativa". Posteriormente, ainda foram editadas: a Lei 884/94, denominada "Lei Antitruste"; a Lei 10257/2001, denominada "Estatuto da Cidade"; a Lei 10741/2003, denominada "Estatuto do Idoso".
>
> Todos esses diplomas apresentam uma característica comum: tratar ao mesmo tempo de segmentos do direito material coletivo, e de aspectos relativos ao processo coletivo, demonstrando uma preocupação legislativa com esses temas, e, de certo modo, uma segmentação no que tange à sistemática do seu tratamento.
>
> Note-se que essa segmentação quanto à sistematização no trato da matéria, especialmente quanto ao processo coletivo, se por um lado revelou o empenho do legislador em ampliar o acesso à Justiça de interesses supraindividuais, por outro criou situações em que a sobreposição de normas em leis diferentes gera dificuldades de interpretação.

---

o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)

[32] Constituição Federal: Artigo 5º [...] LXXIII: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência; e art. 129: São funções 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.

[33] LEONEL, *Manual de processo coletivo*, 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

Apesar da crítica tecida pelo processualista, entendo importante que tenha havido essa intensa legiferação, ainda que de forma assistemática, pois importante para consolidar a tutela coletiva – e tentar evitar o seu afastamento em caso de outro golpe ao regime republicano e democrático. Quanto mais pulverizada a legislação, tão mais difícil sistematizá-la (o que de fato é ruim, sendo cabíveis as críticas de LEONEL) quanto retirá-la do ordenamento ou ineficacizá-la.

A sociedade capitalista de massa existente em nossa contemporaneidade fomenta a coletivização das lides individuais, inclusive, o que restou reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, norma também de suma importância para o microssistema processual coletivo. Assim, a tutela de interesses individuais homogêneos, que até então decorria de construção doutrinária, passou a ser expressamente prevista no ordenamento jurídico, o que já acontecia com a tutela dos interesses literalmente supraindividuais (ainda que a definição não estivesse contida na lei).

Assim, a partir de 1990, como decorrência do contexto sócio-econômico-cultural nacional – e por que não dizer mundial? –, o ordenamento pátrio passou a contar com as três figuras atualmente notórias do processo coletivo: a ação em defesa de interesses difusos, aquela em defesa de interesses coletivos stricto sensu e a própria à defesa de interesses individuais homogêneos.

Esse o desenvolvimento das ações coletivas. Verifica-se que surgiram a partir das necessidades das sociedades, conforme possibilitava o contexto de cada uma delas, sendo que no atual estágio do capitalismo de massa faz-se mister a análise massificada dos conflitos individuais, bem como o atual momento do Estado Democrático Republicano de Direito impõe a tutela dos interesses supraindividuais não obstante o titular do direito seja, ao mesmo tempo, "todos e ninguém".

Essa digressão histórica é pertinente a este trabalho pois atualmente muitas das críticas à proposta de solução extrajudicial de conflitos coletivos se agarram às formalidades legais (ausência de fundamento legal que impediria por exemplo a Administração Pública de celebrar acordos), às salvaguardas constitucionais (em

principal a "indisponibilidade" do interesse público) e a uma interpretação rígida e acrônica da legislação atinente (em especial às normas de transação do Código Civil).

Essas críticas não subsistem à evolução histórica, continuada e paulatina que vem ocorrendo em relação às formas de tutelas coletivas. Como se vê, antigamente sequer havia previsão legal, e poucos diplomas foram nascendo para tratar do tema. Também havia muita rigidez em relação a quem poderia atuar como tutelante do interesse coletivo. Isso também era motivo de resistência naquela época para o desenvolvimento e evolução do sistema de tutelas coletivas. Mas houve superação dessas críticas, ingressando o país em novo momento histórico no que tange aos direitos transindividuais. Inclusive novos atores foram implementados, como por exemplo a Defensoria Pública.

Nesse sentido, é interessante destacar, como o fez FARIA[34], que a sociedade brasileira vem, de há muito, carecendo de instrumentos que promovam um maior acesso efetivo à justiça, não como um mero postulado normativo abstrato, mas atuante no plano material. O referido professor menciona, com razão, a existência de uma sociedade iníqua, sobre a qual um postulado normativo em abstrato como o da igualdade formal não serve ao fim a que se destina, de efetivamente resguardar a igualdade. Mas o maior destaque vai para o ponto crucial atingido pelo ensaísta: a existência de um "sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para situações altamente complexas"[35].

É com essa constatação que procuro passar a real intenção deste trabalho: não raras vezes a jurisdição judicial, normalmente aplicada pelo Judiciário de forma

---

[34] FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, Agosto/2004, pp. 103-125. *In:* http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso, acessado e baixado em 01/12/2016, pp. 104-106.

[35] FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, Agosto/2004, pp. 103-125. *In:* http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso, acessado e baixado em 01/12/2016, p. 105.

tradicionalista e individualista[36], é inadequada à real solução do conflito de ordem coletiva, pois este não se enquadra nos conceitos rígidos da lei, sendo muitas vezes permeado por uma fluidez e uma mutabilidade com a qual o Processo Judiciário não tem ferramentas para trabalhar, além de restringir o acesso a poucas pessoas e, em razão do rígido sistema de preclusões e estabilização da demanda, não permitir uma releitura dos fatos (e também dos pedidos deles consequentes!) de acordo com um novo contexto que possa advir.

No Brasil, no ano de 2015, o índice de conciliação geral foi de apenas 11% dos casos ajuizados, número infelizmente insatisfatório, mas que representou um aumento de 10,92% em relação ao ano de 2014. Isso demonstra uma ascensão dos meios extrajudiciais como meios legítimos de solução de conflitos, mostrando-se positiva a evolução perante os órgãos judiciais. Também é possível notar a dificuldade de resolver tais questões em sede de conflitos envolvendo a administração pública, pois a comparação entre o índice da Justiça do Trabalho (25% - chegando a 40% nos processos de conhecimento em 1ª instância) e o da Justiça Federal (3% no geral e em 1ª instância ordinária, atingindo 6% nos Juizados Especiais Federais) é gritante e aponta o pouco ou quiçá mau uso do instrumento quando os atores se deparam com a Administração Pública em algum dos polos do litígio[37].

Esse é o contexto da tutela coletiva no Brasil: o sistema ainda busca seu lugar ao sol, vindo de uma evolução de décadas, lenta, gradual, mas ininterrupta. As críticas e a resistência a novas ideias são naturais e reflexo de um apego ao rito atualmente previsto, mas mister despir-se de ideias que, mais do que embasadas, constituem mero tradicionalismo, como a própria implementação do sistema de defesa coletiva no Brasil mostra ser possível. É plausível, assim, cogitar de novos horizontes para os mecanismos de defesa dos direitos coletivos – e é a isso que se propõe este estudo.

---

[36] A crítica, aqui, não é quanto a esses modos de aplicação da jurisdição, em si, mas em verdade à inadequação dessa aplicação a muitos casos em que uma distinção deveria ser feita.

[37] Todos os dados foram extraídos de BRASIL. Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. *In*: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016, *passim*.

2.3 – ESPÉCIES DE INTERESSES COLETIVOS SEGUNDO A LEI NACIONAL

Cumpre-me ainda esclarecer uma divisão que vem sendo amplamente adotada pela doutrina e que se encontra ínsita no Código de Defesa do Consumidor[38]. A lei fala em três subespécies de interesses coletivos: os interesses difusos; os interesses coletivos *stricto sensu*; os interesses individuais homogêneos.

Hodiernamente, não ignoramos que essa nomenclatura vem sofrendo críticas[39] pois não consegue comportar, dentro de seu quadro normativo, a totalidade dos conflitos ou, nem mesmo, abranger um conflito dentro de uma só espécie, havendo conflitos ditos *mistos*. Mas fato é que essa discussão não será objeto deste estudo, pois o foco desta dissertação é outro: o de possibilitar uma conscientização sobre novos mecanismos de tutela coletiva e suas vantagens como adequados à solução dos conflitos e ao acesso à justiça. Sendo assim, nos permitiremos manter a utilização dessa classificação quando for o caso de distinguir as espécies de questões coletivas que podem surgir, por já estar consagrada na nossa tradição jurídica processual coletiva.

Interesses difusos são aqueles de que gozam toda a coletividade composta por indivíduos indetermináveis correlacionados por circunstâncias de fato[40], visando à

---

[38] Originalmente a Lei da Ação Civil Pública tratou genericamente dos interesses difusos *ou* coletivos, conforme redação do artigo 1º, IV, da Lei 7.347/1985.

[39] Bom compêndio sobre essas críticas é possível se localizar no estudo de COSTA. Mateus Pereira *et. al. Da classificação dos direitos coletivos ao reconhecimento da "prescrição" dos direitos individuais homogêneos: equívocos teóricos e o precedente dos expurgos inflacionários*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Número 4/2011. JFPE: Recife, pp. 334-341.

[40] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 183-184.

defesa de interesses indivisíveis transindividuais[41]. Tais interesses são caracterizados pela impossibilidade de identificação de todas as pessoas ligadas pelo fato[42].

Estaremos diante de interesses coletivos *stricto sensu* quando em prol da coletividade composta por indivíduos determináveis correlacionados por uma relação jurídica padrão[43], visando à defesa de interesses indivisíveis desse grupo de indivíduos[44]. Nesses casos destacam-se a indivisibilidade da tutela[45] e a maior pertinência dos indivíduos a um grupo determinado ou determinável, sendo que – inclusive pela indivisibilidade – a coletivização decorre do próprio interesse tutelado, e não da soma de interesses individuais tutelados[46].

Enfim, a subespécie final é a dos interesses individuais homogêneos, entendidos como aqueles em prol de uma coletividade de indivíduos determináveis, unidos por uma relação jurídica decorrente de uma origem comum[47]. Nesses casos, destaca-se que o interesse em si pode ser considerado individualmente[48], mas que, pelas

---

[41] Cf. art. 81, parágrafo único, I, do CDC.

[42] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

[43] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

[44] Cf. art. 81, parágrafo único, II, do CDC.

[45] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 186-187.

[46] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

[47] Cf. art. 81, parágrafo único, III, do CDC.

[48] Como inclusive já destacou o STF: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos

características da situação em concreto[49] (*v.g.* a baixa lesividade considerada individualmente, mas a considerável lesividade considerada na totalidade do dano etc.), a junção dos interesses individuais faz jus a um tratamento coletivizado[50-51].

2.4 – INEFICIÊNCIA DA VISÃO CLÁSSICA PARA SATISFAZER O ESTUDO DAS TUTELAS COLETIVAS

Impõe-me observar a ineficiência de uma ótica clássica individualista do processo, no estudo das tutelas coletivas, haja vista a diferença de tratamento de muitos institutos.

---

interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. [...] (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737)

[49] Anota LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. cit.*, p. 98, que tais interesses são "acidentalmente [considerados coletivos] para fins de tratamento processual". Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Para críticas sobre essa coletivização, com as quais *concessa venia* não concordo, v. ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, *Re/PRO* 73/85, 1995.

[50] A utilidade de se tratar coletivamente advém da superação das barreiras de acesso à justiça, conforme aponta CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), p. 6 e p. 10.

[51] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194

Veja-se que a ação individual envolve apenas a tutela de pretensões individuais, comumente voltadas em face de um ou poucos demandados, e raramente exercida por outras pessoas que não o próprio titular. Neste contexto, o tratamento legal e doutrinário quanto à citação das partes, a notificação das partes, as regras preclusivas, os conceitos de interesse de agir, litispendência, conexão, continência, coisa julgada, são todos bem estruturados. Porém a importação, nua e crua, destes entendimentos é inviável à análise da tutela coletiva. O processo civil clássico é ineficiente para solucionar as questões surgidas na defesa de tutelas coletivas.

As tutelas coletivas se diferem substancialmente daquela individual, razão pela qual as normas aplicáveis a esta muitas vezes se mostram inadequadas àquelas. A coletivização do tratamento demanda uma atenção principiológica que não deve ser perdida de vista na importação dos conceitos clássicos do processo individual.

Não se trata, no caso, de dizer evidentemente que o direito processual coletivo se desprende totalmente do direito processual individual, muito menos da teoria geral do processo. Os institutos muitas vezes podem ser aplicados, sempre porém com uma adequação, sob pena de se desvirtuar o processo coletivo ou – ainda pior – torná-lo inoperável.

Vale trazer as palavras de MANCUSO[52]:

> Numa alegoria, pode-se dizer que, assim como as figurar geométricas se alteram aos movimentos do caleidoscópio, os institutos e categorias processuais tradicionais foram novos desenhos e tomam outros contornos quando transportados para o plano coletivo, o que é particularmente verdadeiro em face da coisa julgada, que já não pode ficar adstrita exclusivamente às partes (art. 472 do CPC), mas deve expandir-se em maior ou menor escala, conforme o tipo de interesse judicializado. Também os limites objetivos sofrem refrações especiais, porque, tal seja a natureza do objeto litigioso (por exemplo, controvérsia sobre efeitos colaterais de um dado medicamento), pode dar-se que a avaliação que hoje se tem como absolutamente certa e estreme de dúvida amanhã tenha que ser revista, pela superveniência de dados, métodos e subsídios antes inexistentes ou inacessíveis, aspecto relevante que a ciência processual – como caixa de ressonância das ocorrências sociais e também do mundo fenomenológico – não pode desconhecer.

---

[52] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 127.

Dessa forma, muita cautela será tomada em relação à mera aplicação dos conceitos aplicáveis às situações individuais quanto importamos os mesmos para a análise das tutelas coletivas. Muitas vezes será necessário reconstruir ou moderar a aplicação de um instituto, de forma a adequá-lo à pretensão de tutela coletiva que aqui se pretende defender[53].

[53] Como anotam Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., " Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá [...]. A adequação teleológica do procedimento faz-se de acordo com as diversas funções a que visa." (DIDIER JR. Freddie *et. al.* Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 247-249).

CAPÍTULO 3 – DAS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS COLETIVOS

3.1 – ENFRENTAMENTO ÀS CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS

Pretendo neste trabalho defender uma forma mais ampla de participação dos interessados coletivamente, em especial a uma atuação extrajudicial destes atores. Para que essa atuação extrajudicial se implemente, é necessário permitir que acordos possam ser feitos. Mas, antes disso, é necessário ter em mente a vantagem desses acordos e, para tanto, é necessário refutar críticas usualmente tecidas quanto à solução por transação.

Talvez o maior expoente dessas críticas, e certamente um grande foco de estudos, foi Owen FISS, professor titular da Faculdade de Direito de Yale. Seu artigo intitulado *Against Settlement*, publicado em 1984 no *Yale Law Journal* é objeto, até hoje, de discussões aprofundadas e também foi, dentre outros, tema de palestra dada pelo emérito professor em 2005 aqui mesmo no Brasil, quando visitou a convite de entidades brasileiras, tendo havido inclusive uma transcrição para publicação na Revista Direito GV.

O artigo publicado por OWEN se deu dentro de um contexto de *ultravalorização* do acordo, encetando a criação de departamentos ou disciplinas próprias

dentro das faculdades de direito, além de diversos artigos, uma publicação própria para tal fim pela Faculdade de Direito de Missouri-Columbia e mesmo uma alteração nas *Federal Procedure Rules* para, em seu artigo 68, apontar que as partes que oferecessem uma proposta de acordo poderiam ter o benefício de não custear suas despesas com advogados, no caso de uma sentença, ainda que desfavorável àquela parte proponente, vir a conceder menos ganhos do que a própria proposta de acordo, ocasião em que a sentença condenaria o vencedor a arcar com as despesas advocatícias do vencido por não ter aceitado o acordo proposto[54-55], inclusive enfrentando inúmeras outras disposições legais específicas voltadas a facilitar o acesso à justiça e que previam que mesmo se vencido, o demandante não seria condenado ao pagamento das despesas advocatícias do demandado.

Para FISS, aqueles que advogam a favor da cultura do acordo teriam uma visão do Judiciário como um "solucionador de conflitos". Nessa circunstância, o Judiciário seria uma *institucionalização do estranho* [ao litígio e por vezes aos próprios litigantes] e a adjudicação seria uma expressão da força dessa instituição (desse estranho). Ironicamente, FISS aponta como contradição que aqueles que advogam a favor da cultura do acordo creem que os litigantes se conciliarão, baseados em sua livre vontade, numa convergência de interesses, quando a própria remessa do litígio a um terceiro estranho a este e por vezes às partes já demonstra que as relações sociais entre os litigantes já sofreram uma ruptura que, ao menos logicamente, não fomentaria uma solução amigável.

FISS crítica esse entendimento e anota: o acordo não pode ser genericamente visto como melhor do que a adjudicação, nem institucionalizado a despeito de inúmeras outras formas de solução de conflitos. Pelo contrário, o norte-

---

[54] FISS destaca em seu artigo que a regra geral do processo norte-americano seria a de que nessas situações cada parte arque com os custos de seu advogado. (FISS, Owen M.. *Against Settlement* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 1215. The Yale Law Jornal, 93, pp. 1073-1090. *In*: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215, acessado e baixado em 15/11/2015, p. 1074).

[55] Outro aspecto bem encetado pelo professor, valendo aqui concordar com o mesmo, é a potencialidade de essa "penalidade" ao não-aceitante de um acordo "razoável", de ter que arcar com os advogados do proponente, ensejar o surgimento de novos conflitos, em especial os conflitos entre advogado e cliente, quando por exemplo a negativa de acordo decorrer de aconselhamento de advogado, ensejando eventuais litígios sobre responsabilidade civil do advogado. (FISS, Owen M.. *Against Settlement* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 1215. The Yale Law Jornal, 93, pp. 1073-1090. *In*: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215, acessado e baixado em 15/11/2015, p. 1088, nota de rodapé 41).

americano entende que deve ser tratada, na verdade, como uma técnica problemática, em razão de fragilidades comparáveis ao mecanismo do *plea bargaining*, operado na esfera criminal.

Segundo o processualista, o consentimento obtido em acordos civis é, não raro, oriundo de coerção. Além disso, a ausência de um processo judicial e de um julgamento rende problemas judiciais posteriores e, apesar de algumas questões serem resolvidas, a justiça pode não ser feita. Conclui o autor que assim como a *plea bargaining*, o acordo civil não deve ser nem encorajado nem vangloriado. Enumera ainda que não há igualdade entre as partes acordantes e muitas vezes o acordo é resultado das diferenças econômicas entre os envolvidos.

Quanto às disparidades econômicas, FISS aponta três modos em que elas podem influenciar o advento de um acordo indevido, por assim dizer: (i) o mais pobre não teria condições de prever o resultado do processo e, assim, não teria informação adequada para exercer a opção de celebrar ou não um acordo; (ii) o mais pobre pode ainda precisar urgentemente dos recursos, de modo que aceita recursos substancialmente menores do que poderia se mostrar justo, apenas para obtê-los rapidamente; (iii) o mais pobre pode ser compelido a acordar em razão de sua insuficiência de recursos para sustentar um longo processo e os custos a este inerentes. FISS ainda ressalta que mesmo em casos de honorários *ad exitum*, nos quais as despesas ficam postergadas ao final e somente no sucesso, ainda assim há uma pressão do capital, desta vez por parte do capital humano representado pelo advogado, que passa a exigir uma fatia substancial do proveito econômico do processo. Nem mesmo os casos cujas despesas processuais são subsidiadas por programas de governo fogem à regra da pressão do capital sobre a deliberação da vontade de acordar, haja vista que tais subsídios seriam escassos e insuficientes ao atendimento das necessidades dos menos afortunados.

Owen FISS defende que o Judiciário possui mecanismos de salvaguarda dessas diferenças econômicas, tais como os poderes instrutórios do juiz e o próprio discernimento do juiz de sopesar as dificuldades das partes.

Tais críticas são focadas no acordo em litígios clássicos, os aqui compreendidos como individuais (ainda que possa haver multiplicidade de partes como

litisconsórcio etc.). Mas o professor estadunidense não se resume a esta ótica e problematiza em especial os acordos em litígios de ordem coletiva.

Quando os litígios são de ordem coletiva, a crítica se dá em relação a definir quem seria o legitimado a tecer o acordo. Quando se trata de um litígio de ordem individual, identifica-se o indivíduo e não há mais dificuldades. Quando a questão envolve uma coletividade, um grupo não-organizado, não é possível identificar essa pessoa, tais como os interesses dos prisioneiros, de minorias étnicas, ou pacientes de hospitais psiquiátricos, pela ausência de uma construção formal de poder. Mesmo em havendo algumas corporações com organização foram de poder, FISS aponta a possibilidade de conflitos de interesses entre o seu presentante e a própria corporação, fazendo com que um acordo não represente verdadeiramente a melhor solução para aquela unidade[56].

Quanto aos grupos não-organizados, FISS crítica que as *Federal Procedure Rules* conseguem identificar essa pessoa por critérios péssimos: a auto-indicação (o indivíduo se diz o representante) ou o apontamento pela parte contrária (no caso de o grupo estar no pólo passivo). Mesmo as notificações enviadas aos membros identificáveis do grupo para que possam se manifestar sobre sua pertinência e sobre o indigitado representante não seriam suficientes a sanar a questão da legitimidade. Apesar de o processo coletivo judicial se referendar sobre esses mesmos mecanismos, o juiz teria um maior controle, na visão do escritor, para testar as argumentações das partes. E ainda contaria o processo judicial com a autoridade da *lei*[57] e do procedimento, do que seria carecedora a solução por acordo.

---

[56] FISS cita o caso de um gerente de uma empresa, sendo assim legítimo detentor de poderes transacionais, que pode optar por firmar o acordo não em razão da tutela dos interesses da empresa, mas dele próprio, pessoais, com o fito de esconder falhas na própria administração perpetrada por esse gerente. FISS, Owen M.. *Against Settlement* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 1215. The Yale Law Jornal, 93, pp. 1073-1090. *In*: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215, acessado e baixado em 15/11/2015, p. 1078.

[57] O autor utiliza o termo *Law*, que traduzo livremente pelo termo "lei". Portanto, tomo esta nota para esclarecer que não se trata da lei formal, como encaramos aqui, oriunda do processo legislativo constitucionalmente previsto. A intenção do autor é mais ampla, quase que significando o próprio Direito.

Nem mesmo a chancela do juiz pelo acordo de ordem coletiva seria suficiente para suprir essa deficiência de representatividade, pois nada seria capaz de substituir a manifestação individualizada de possíveis centenas de milhares de integrantes do grupo. Essa chancela judicial representaria, antes de uma avaliação de consentimento, verdadeiro prognóstico sobre quão perto o acordo seria da própria decisão que o juiz proferiria no caso de solução pela adjudicação.

Owen FISS ainda discorre sobre a ideia de que muitas vezes a sentença não é o fim do litígio, mas verdadeiramente uma mera etapa deste, pois mesmo após a sentença, e até como desdobramento dessa, novamente são os juízes convocados a dispor sobre determinada causa. Cita casos de divórcio, de segregação escolar e antitrustes como aqueles mais comum em que a atuação do juiz não se resume a simplesmente proferir uma decisão e, num único momento, implementar a execução do *decisum*, estendendo-se posteriormente a novas deliberações judiciais seja sobre a mesma causa, seja sobre causas anexas. Nessas situações, FISS prevê a volta dos litigantes a juízo mesmo após o acordo, em situação ainda mais complexa, pois o acordo em si priva o juiz da ampla liberdade decisória.

Especial atenção ao foco deste trabalho será destinada ao confronto à crítica de FISS quanto aos "reconhecimentos de fatos" e às "aplicabilidades da lei". O articulista entende que mesmo esses reconhecimentos de fatos e da aplicabilidade da lei sobre eles são, antes de tudo, resultado do poder de barganha das partes, e não de um verdadeiro reconhecimento dos fatos e do direito aplicável à espécie, em especial porque em sendo os acordos destinados a evitar um processo judicial, em especial os procedimentos instrutório e de cognição judicial, essas conclusões não são bem realizadas.

A conclusão final do excelente artigo é de que o acordo leva a uma pacificação custosa para a sociedade, pois promove o desrespeito às leis em razão do grau de danosidade dos acordos. A adjudicação, para FISS, deve ser compreendida de forma mais ampla, não meramente como um instrumento pacificador. O trabalho do juiz seria o de explicar e dar poder aos valores consubstanciados na lei e na constituição. Mais: seria prover a justiça, o que o acordo por si só não seria capaz de fazer e que custaria à sociedade sempre que feito. O acordo deve ser previamente estudado sobre uma ótica que

leve em conta a riqueza das partes envolvidas, a necessidade de reintervenção judicial ou mesmo a necessidade sociológica de ter "a justiça sendo feita".

Em resumo, este é o estudo de Owen FISS, um dos principais argumentadores contrários à criação da cultura do acordo. Todas as passagens retromencionadas constam do seu texto original, conforme indicado, a partir da leitura e tradução livre do seu vernáculo de origem. Trata-se de excelente produção intelectual, muito embasada tanto academicamente quanto experimentalmente. Mas ousamos, com todo o respeito, senão discordar, ao menos ponderar que não se trata de ser *against settlement*, contra o acordo.

O juiz Jack WEINSTEIN anotou em ensaio de 2009[58] sobre o estudo de Owen FISS, discorrendo que seu argumento tinha méritos, porém não devendo ser admitido como chapa branca. Apesar de reconhecer que um dos argumentos "pró-acordo" seria o da continuidade da relação de indivíduos numa pequena comunidade[59] e que isso tenderia a se mostrar fragilizado numa sociedade de relações nacionais (reflexo da ampliação do mercado de consumo e da globalização) em que muitas vezes o acordo poderia ser abusivo, o magistrado estadunidense anota que em verdade mesmo na sociedade de consumo de massa o acordo tende a ser melhor, considerando-se a celeridade e os efeitos extraprocessuais de uma rápida solução do conflito.

Exemplifica com o caso da droga *Zyprexa*, um remédio antipsicótico que possuía como efeitos colaterais o ganho de peso e a diabetes, o que não foi informado aos consumidores, gerando mais de 30.000 ações de mesma natureza foram instaladas na Corte Distrital do Distrito Leste de Nova York oriundas apenas de outras cortes federais (declinação de competência), dando a entender que o manuseio de todos esses processos

---

[58] WEINSTEIN, Jack B.. *Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)*. 78 Fordham L. Rev. 1265 (2009), pp. 1265-1272. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8, acessado e baixado em 16/11/2016.

[59] WEINSTEIN cita inclusive a biografia de Abraham Lincoln escrita por Ronald C. White Jr. para anotar que um dos grandes méritos de Lincoln enquanto advogado foi o de ter a consciência, e de conscientizar seus patrocinados, de que um acordo nas circunstâncias vivenciadas de pequenas comunidades tenderia a caminhar para uma boa solução conflitual. WEINSTEIN, Jack B.. *Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)*. 78 Fordham L. Rev. 1265 (2009), pp. 1265-1272. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8, acessado e baixado em 16/11/2016, pp. 1265-1266.

seria pouco proveitoso pelo Judiciário. Anota o magistrado que a média de julgamento nas cortes federais era de 2.500 casos anuais, de modo que para julgar os 30.000 a corte de Nova York teria de interromper todos os seus outros trabalhos e, ainda assim, demoraria cerca de uma década para solucionar tudo.

WEINSTEIN não ignora, contudo, que acordos em massa tornam difícil às cortes a possibilidade de desenvolver políticas judiciárias e mesmo que o legislativo seja invocado a evoluir a lei, causando uma estagnação prejudicial à sociedade.

Desse modo, busca equacionar a questão pela pertinência do método ao caso concreto, anotando que por vezes o acordo é uma boa técnica, ao passo que por vezes a melhor maneira de solucionar o caso é pela adjudicação. Isso é o que também se defende neste estudo: é necessário observar a adequação do meio escolhido para a solução do conflito, a depender caso a caso de qual conflito se trata.

Mas talvez as críticas mais ácidas ao artigo de Owen FISS tenha advindo de Kenneth FEINBERG, advogado de renome norte-americano especializado em acompanhar litígios de massa[60]. Em artigo intitulado *Reexamining the arguments in Owen M. Fiss "Against Settlement"*, publicado pela Fordham Law Review, o causídico escrutinou os estudos do professor FISS, sem contudo ignorar que estava escrevendo 25 anos depois, precisamente em 2009.

Para FEINBERG, o artigo de FISS é essencial e paradigma, como poucos outros teriam sido. Porém, em especial 25 anos depois, a tese desenvolvida no publicado pelo professor de Yale não se firmou por razões práticas e teóricas.

O primeiro ponto que se traz é que ninguém está absolutamente satisfeito com o sistema de justiça civil. E sendo avesso ao acordo, não haveria alternativa.

---

[60] FEINBERG já foi nomeado pelo Tesouro Americano, bem como outros órgãos estatais, para atuar em solução de disputas envolvendo investidores e conflitos coletivos, como *Special Master* (terceiro responsável por gerenciar casos de grande complexidade, não necessariamente mesmo do Judiciário e nem mesmo funcionário público, como o caso de FEINBERG que se trata de um advogado privado de renome). Também foi um dos principais atuantes junto ao Fundo de Compensação às Vítimas do 11 de Setembro, ataque terrorista que ocasionou milhares de mortes em Nova York.

Ninguém deseja seguir a julgamento, sendo que os usuários[61] do Judiciário não estão satisfeitos com os custos, com as ineficiências, com as incertezas, com as frustrações e com os atrasos que o processo judicial tem lhes causado. Mais adiante no seu texto, confirma que a utilização do Judiciário é mais como um mecanismo de obtenção de vantagem perante a parte contrária (seja como forma de incentivar um acordo, seja como forma de ser levado a sério, ou ainda que menos desejável, como forma de intimidar o adversário), do que pela intenção de obter um julgamento em si.

A segunda crítica empírica de FEINBERG é ácida. Em suma: se a pessoa, despois destes 25 anos, ainda é absolutamente contra o acordo e, também, reconhece a ineficiência do sistema de justiça, nada sobra. Esperar algo do legislativo ou do executivo em termos de política pública voltada a solucionar os conflitos individuais seria *to* "*be living on a different planet*"[62]. A falta de esperança é patente – e aqui no Brasil não é diferente. Não há alternativa ao acordo. Portanto, se FISS teria dito que devemos ter cuidado com o acordo, FEINBERG se contrapõe questionando a ausência de outra via, diante da ineficiência dos demais mecanismos.

O causídico aponta que mesmo a figura dos juízes mais respeitados pelos acadêmicos se alterou nos últimos 25 anos, de modo que hoje admiram-se muitos aqueles magistrados capazes de gerenciar casos, de formar acordos e lidar com conflitos de grande escala.

E de fato tem razão FEINBERG quando aponta que casos de massa tendem a se esgotar em termos de "novidades", de modo a não se fazer mais sentido

---

[61] A expressão utilizada por FEINBERG é, em verdade, *consumers of the civil justice system* (FEINBERG, Kenneth R.. *Reexamining the Arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement*. 78 Fordham L. Rev. 1171 (2009), pp. 1171-1176. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/, acessado e baixado em 16/11/2016, p. 1172), denotando um ideal de Judiciário menos de Poder da República e mais de prestador de serviços públicos – o que já demonstra um desacordo com a ideia de FISS sobre a autoridade da Lei (ou, mesmo, do Direito), que certamente vê o Judiciário mais como Poder da República e menos como prestador de serviços. Esse antagonismo, por assim dizer, é explicável até pela intenção do texto, mas não desmerece os argumentos de nenhum dos dois autores.

[62] FEINBERG, Kenneth R.. *Reexamining the Arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement*. 78 Fordham L. Rev. 1171 (2009), pp. 1171-1176. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/, acessado e baixado em 16/11/2016, p. 1172.

seguir a julgamento quando já se sabe tudo sobre a questão, e inclusive já se tem um parâmetro das soluções adotadas. A questão já estaria madura numa noção extraprocessual, de modo que não faria sentido, a não ser para prolongar o litígio (e beneficiar aqueles que tem condições e lucram com esse atraso), levar todos os caso a substancialmente o mesmo julgamento.

Outro ponto mencionado por FEINBERG seria a aversão dos juízes norte-americanos de, mais do que incentivar (pois isto eles fazem), participar efetivamente na construção de um acordo. Reputo, porém, que aqui no Brasil esse aspecto não seria, hoje, pertinente, pois muitos juízes procuram solucionar os casos de forma efetiva. Essa não parece ser uma assertiva que aqui nos valha.

Conclui o autor que a melhor maneira de dar conforto às ansiedades expostas por FISS em seu artigo seria a participação proativa dos juízes, de modo a propiciar uma ampla participação dos envolvidos. Mas isso não seria possível, porque são enumeráveis os raríssimos juízes que adotam essa postura.

Como se vê, os argumentos de FISS, apesar de não serem inteiramente indevidos, também não o são de todo corretos. De fato, um texto atual não deveria se chamar *Against Settlement* – e provavelmente nem se chamaria se fosse escrito pelo próprio professor de Yale. Em 2005, Owen FISS esteve no Brasil a convite de entidades jurídicas do país, e sua palestra veio a ser transcrita e publicada na Revista Direito GV, como já mencionamos alhures. Nessa palestra, o professor da Universidade de São Paulo Ronaldo Porto Macedo Júnior questionou o palestrante acerca do seu histórico texto, com o que a "surpreendente" resposta foi: não se é contra o acordo, mas sim contra a forma como o acordo estava sendo obtido das partes e por quais razões optava-se pelo acordo e não pela adjudicação, reputando que a cogitação de que o acordo pudesse ser comparado com a efetiva aplicação da lei seria um equívoco[63].

---

[63] "The title of the article, Ronaldo, is Against Settlement. It is probably my best title, but like all good titles overstates the claim a little bit. I am not against settlement. Settlements serve useful purposes, but I don't think they are law. They are simply bargains reached between contending parties. The parties may have the law in the back of their minds, but they have a lot of other things in their minds as well, namely, cost, political advantage, and all the factors that you alluded to by evoking the tobacco case and the recent scandals about it. We should treat settlement for what it is, namely, a contract or agreement between parties. What troubles me about settlement is the attempt to portray it as law." (FISS, Owen M.. *Models of*

Refuto, com todo o respeito, mais uma vez esse posicionamento, mesmo que revisitado, de Owen FISS, que aponta problemas em relação a não aplicação efetiva do Direito ou ainda a interesses políticos, especialmente em relação ao que ora se propõe: a construção de um consenso extrajudicial em relação a conflitos coletivos. Isso porque a base em que defendo a construção desse acordo envolve o acompanhamento de entes que devem prezar pela aplicação da lei ao caso concreto, não se apegando a custos financeiros do processo (pois são isentos pela legislação brasileira, salvo em caso de má-fé do autor[64]) ou a ganhos políticos (pois os órgãos não necessariamente dependem de um reforço político, pois sua carreira e sua legítima atuação decorrem da lei[65]).

Assim, a um só momento, solapam-se as principais críticas quanto à utilização de meios coercitivos para a obtenção de acordos, especialmente em relação a litígios coletivos[66].

E, mesmo para casos individuais, apesar de não ser exatamente o escopo deste estudo, acho conveniente mencionar: a ideia de que o Direito não prevalece em casos de acordo, dando lugar a outros interesses correlatos e por vezes egoísticos das partes, não me parece a mais acertada. Isso porque o Direito tem por premissa a liberdade de agir como regra geral, sendo que nos casos em que parece ao Direito que tal fator deve

---

Adjudication. Caderno Direito GV, Vol. 1, N. 8 Novembro 2005. *In*: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1, acessado e baixado em 15/03/2016, pp. 24-25.

[64] Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985).

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

[65] Veja-se, em especial, a questão dos atores serem funcionários públicos investidos em cargos que lhes garantem a desnecessidade de ganhos políticos – ainda que possam se aproveitar disso para outros interesses. Atenção especial a membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, tanto nos âmbitos federal e estadual.

[66] A ferramenta da *adequacy of representation* também pode servir à finalidade de mitigar essas disparidades que uma livre negociação pode ocasionar quando os poderes das partes são muito diferentes, para o caso dos Estados Unidos. No Brasil, a representatividade adequada é analisada sob a luz de parâmetros legais (art. 5º da LACP, Lei 7.347/1985) que já previram a hipótese em que se verifica a capacidade do agente em defender os interesses coletivos.

ser mitigado, o faz de forma expressa, como em casos de renúncia a pensão alimentícia, indelegabilidade de determinadas funções públicas, impossibilidade de renúncia a certos bens jurídicos tutelados criminalmente, dentre outros. Portanto, quando as partes celebram acordos, ainda que influenciadas por outros motivos que não a estrita aplicação da lei propriamente pensada para determinado caso concreto, estão ainda atendendo ao Direito, porém em seu princípio mais amplo, no sentido de que apesar de todas as normas jurídicas que podem ser específicas a determinado caso, há também a norma geral que prevê que as partes, por convencimento pessoal sobre o qual não cabe nem ao Estado nem à sociedade interferir, possa tomar a decisão de não seguir, ou "seguir menos", determinada previsão jurídica.

Logicamente, nos casos em que o acordo é obtido com base em coerção (seja financeira, política, temporal), há um desvio quanto à finalidade da liberdade de agir que demonstra efetivo prejuízo. Mas (i) não há como se presumir uma maioria de acordos celebrados nessas condições e (ii) o próprio Direito traz meio próprio para buscar lidar com esse problema (ação anulatória[67]). Não podemos tomar as falhas pontuais – e principalmente, combatíveis – como o todo para ser contra o acordo, da forma como expõe FISS.

Mas é absolutamente importante tomar consciência de que nem mesmo FISS se diz absolutamente contra o acordo. Sua crítica, ao revés, é quanto à forma em que os acordos são encarados pela comunidade jurídica estadunidense.

Mesmo o argumento de que por vezes o acompanhamento judicial é importante não subsiste. A necessidade de (re)intervenção pelo juiz após proferida sentença não se mostra como empecilho à realização de acordos, pois estes também podem (e precipuamente devem) ser feitos à luz da sentença proferida. Assim como a norma genérica representada pela legislação em geral, a norma em concreto representada pela sentença não consegue prever todos os aspectos de uma relação jurídica, por vezes se mostrando lacunosa. Se esse é um vício do acordo, tanto o é das sentenças.

---

[67] Art. 966, §4º, do NCPC.

Nesse sentido, mencionamos o estudo de GABBAY quanto ao que denominou de *o caso dos autistas*[68]. Refere-se ao processo coletivo nº 053.00.027139-2, que tramitou perante a 6º Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo, buscando a condenação do Governo Estadual a oferecer tratamento adequado tanto educacional quanto medicinal aos autistas residentes no estado. A sentença culminou com procedência da demanda, mas foi proferida de forma genérica (o que é natural de sentenças de ordem coletiva), cabendo a implementação da decisão às partes, observados os parâmetros fixados na decisão. O problema é que a solução não foi satisfeita pela Administração Pública, e o juízo passou a ser convocado para promover execuções individuais, mesmo multitudinárias, tornando inócua a sentença coletiva e, em verdade, insustentável a situação do cartório.

A 6ª Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo chegou a proferir, ainda conforme o estudo de GABBAY, o seguinte decisório:

> Portanto, sob pena de ofensa à dignidade da Justiça e de litigância de má fé, depois de oito anos do ajuizamento da ação civil pública, é chegado o momento de resolver, definitivamente, a questão do tratamento dos autistas. (...) São inúmeros os comparecimentos pessoais de parentes dos autistas no cartório judicial, muitos deles pessoas sem recursos vindas de diversas regiões do Estado, os quais solicitam o empenho pessoal do magistrado para que recebam os seus valores ou que haja a internação em clínica privada. A partir de hoje, isso vai mudar (os interessados e os advogados devem, diretamente, procurar o Secretário de Estado da Saúde ou o Ministério Público). (...) Assim, para todos os autistas residentes no Estado de São Paulo, nos termos da sentença confirmada pela superior instância, como a executada Fazenda Estadual deve manter registro de quem procurou o serviço especializado, determino que o Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, diretamente, receba os requerimentos dos representantes legais ou responsáveis dos autistas, instruído com o atestado médico que comprove a situação clínica do paciente, a ser protocolado na Sede da Secretaria da Saúde (endereço: Av. Doutor Enéas de Carvalho Aguiar, nº 188, CEP nº 05403-000, São Paulo, Capital) ou no gabinete do Secretário Estadual de Saúde, Dr. Luiz Roberto Barradas Barata (tel 3066- 8656/gabinete e 3085-4315/fax), e providencie, às suas expensas, em 30 dias, instituição adequada para o tratamento do autista, (...) Finalmente, recebido o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, pertinentes à condenação

[68] GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, pp. 21-31

> judicial, na hipótese de algum responsável do autista discordar da forma do tratamento ou da indicação da clínica especializada pela Secretaria do Estado e da Saúde, deverá procurar o Ministério Público (Rua Riachuelo, 115, 3º andar, sala 335, São Paulo, Capital, tel. 3119-9090/gabinete do GAESP ou 3119-9355/fax da Secretaria.), para que o próprio promova a execução complementar do julgado, de uma única só vez, com relação a todos os descontentes. (...) A partir de agora, por isonomia aos demais autistas ainda não atendidos, todas as habilitações em curso serão extintas (carência superveniente da ação, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil), não serão processadas novas habilitações (os interessados deverão, diretamente, diligenciar perante a Secretaria de Estado da Saúde) e o julgador somente intervirá para fins de execução da multa diária (não é necessária a presença física do interessado no cartório judicial).

Naturalmente, essa decisão trouxe problemas, especialmente em razão da postura final adotada ("não serão processadas novas habilitações [...] e o julgador somente intervirá para fins de execução da multa diária") e o que nos aparenta um conflito quanto ao acesso à jurisdição resguardado constitucionalmente. O E. TJSP reformou essa decisão, ainda conforme anota GABBAY[69]. Mas apesar disso há relevância no que apontou o magistrado.

Como se vê, a saída adotada pelo juiz foi justamente inversa ao que a problematizaram FISS e WEINSTEIN: o judiciário não tem condições de continuar a intervir no caso, devendo as partes procurar se adequar à sentença extrajudicialmente. Em suma: acordem as partes sobre o cumprimento da sentença de forma extrajudicial. A solução adotada no caso foi desmembrar o processo em milhares de processos individuais espalhados pelo Estado de São Paulo – solução certamente desinteressante tanto para os envolvidos quanto ao sistema, já que a ação coletiva teve toda sua execução individualizada. Se as partes tivessem conseguido construir um sistema próprio de cumprimento, com prazos adequadamente negociados, havendo tanto a compreensão por parte dos administrados de um lado quanto o comprometimento social e político dos administradores públicos de outro, certamente o conflito poderia ser solucionado de forma menos custosa a todo o sistema público.

---

[69] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 767.934-5/4-00, julgado em 09/07/2008. Des. Relator: Laerte Sampaio.

Bem constatou GABBAY[70]:

> Um dos obstáculos enfrentados pelos atores envolvidos no conflito foi a tentativa de implementação da política pública com intermédio do Poder Judiciário. Tal como exposto anteriormente, o ajuizamento de diversas habilitações trouxe complicações à solução do conflito. A proposição de habilitações e execuções em um mesmo juízo sobrecarregou o cartório judicial onde a ação civil pública fora julgada, especialmente considerando a escassez de funcionários e espaço físico para comportar a quantidade de incidentes promovidos.
>
> [...]
>
> Quando questionados sobre a instituição de um sistema alternativo de solução de conflitos, os entrevistados ressaltaram vantagens como a facilitação da comunicação entre a Administração Pública e os familiares de autistas, aprimoramento da divulgação da política pública e fiscalização das instituições de tratamento especializado. Isto implicaria em uma possível redução na quantidade de habilitações que continuam a ser ajuizadas.

No mesmo sentido apontou Susana Henriques da COSTA em relação ao caso das creches na cidade de São Paulo[71], quando pontuou que "há a prolação de decisões simbolicamente importantes, porém com pouco potencial de alteração da realidade social", reconhecendo o direito mas não conseguindo implementá-lo no campo dos fatos, complementando que a "litigância coletiva até agora realizada não gerou o incremento do acesso à justiça substancial pela absorção integral da coletividade beneficiada pelo direito à creche e pré-escola no município"[72]. De fato, a demanda não atendida chegou, em setembro de 2013, a 156.982 crianças com idade até 4 anos

---

[70] GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, pp. 47-48.

[71] Também no curso da pós-graduação, no ano de 2014, ao cursar a disciplina *Litigiosidade Repetitiva*, sob a chancela dos professores Carlos Alberto de Salles e Susana Henriques da Costa, e ainda com o acompanhamento dos professores convidados Paulo Eduardo Silva e Daniela Gabbay, tive a oportunidade de entrar em contato mais aproximado com o caso por meio de seminário conduzido pelo advogado e professor da Universidade Federal do ABC, Salomão Ximenes, que acompanhou de perto o Processo 0150735-64.2008.8.26.0002.

[72] COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.-aug., 2016, *In:* http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=133&embedded=true, acessado e baixado em 20/12/2016, p. 60.

incompletos, que deveriam ter vagas na creche, na cidade de São Paulo[73]. Conclui a professora que "É digna de nota, porém, a experiência ainda em andamento da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, que sinaliza um processo de amadurecimento do Judiciário Paulista para lidar com demandas voltadas à discussão de políticas públicas, seja pela ampliação democrática do debate, seja pela adoção de postura mais mediadora"[74].

Outro importante ponto a se abordar que, infelizmente, ainda depende de uma mudança de cultura em nosso país, diz respeito à visão negativa por parte da administração pública em relação a soluções extrajudiciais no seu âmbito. Por vezes, opta-se por nem mesmo tentar a via extrajudicial tendo em vista que isso implica a prestação de contas e a possibilidade de responsabilização do administrador pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas, Procuradoria fazendária, Controladorias, dentre outros). A solução judicial, por não poder ser vista como decisão do administrador, mas consequência da derrota no litígio, não enseja tamanha justificação aos órgãos de controle e, assim, torna-se um caminho mais curto e menos arriscado aos administradores.

Nesse sentido andou muito bem a Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, ao prever a responsabilização apenas em casos fraudulentos e dolosos:

> Lei de Mediação, Artigo 40. 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.

---

[73] Os dados foram extraídos de texto de Salomão Ximenes, que examinou bem o tema, merecendo maior estudo para aprofundamento: XIMENES, Salomão Barros *et al*. *Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo*. 8º Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos (28 a 30 de abril de 2014, Faculdade de Direito, USP, São Paulo – SP. *In*: http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2014/10/Artigo_EsterRizzi_SalomaoXimenes_litigioestrategicoeducacaoinfantil.pdf, acessado e baixado em 05/06/2016, p. 9.

[74] COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.-aug., 2016, *In:* http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=133&embedded=true, acessado e baixado em 20/12/2016, p. 63.

É essencial que essa visão seja superada, a fim de que se abram portas para um diálogo interinstitucional frutífero e profícuo, de modo a que não se tenha uma dependência do Poder Judiciário para solucionar todos os conflitos em que se envolve a Administração Pública[75]. Deve ser vista como legítima a solução adotada em âmbito extrajudicial, e isso deve ser buscado pela observação de parâmetros próprios para o desenvolvimento de uma solução do litígio que propiciem essa legitimidade a despeito da não utilização do processo judicial para tal fim.

Nesse sentido, bem andou o Conselho Federal de Justiça – CJF na JORNADA "PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS" realizada em agosto de 2016 em Brasília, ao aprovar o Enunciado 61:

> Enunciado 61 Os gestores, defensores e advogados públicos que, nesta qualidade, venham a celebrar transações judiciais ou extrajudiciais, no âmbito de procedimento de conciliação, mediação ou arbitragem, não responderão civil, administrativa ou criminalmente, exceto se agirem mediante dolo ou fraude.

Mas o enfrentamento dessa cultura da sentença não deve ser dado apenas sob a ótica da Administração Pública, pois não há impedimento para que outros assuntos, envolvendo outras partes, ainda que sob a ótica coletiva, sejam objeto de soluções extrajudiciais de conflitos. A intenção é que se reflita sobre a necessidade de que o Poder Judiciário seja o "salvador da pátria" em matéria de solução de conflitos, para que as próprias partes assumam o protagonismo na construção da solução, permitindo que o Judiciário foque seus esforços nos casos em que há necessariedade de sua atuação ou, ainda, em que o grau de animosidade entre as partes não permita uma solução amistosa de suas disputas.

Neil ANDREWS pontuou algumas vantagens da cultura do acordo[76]. Nem todas elas são aplicáveis ao objeto deste estudo[77]: a possibilidade de se inserir um

---

[75] Mais uma vez repisamos que os índices de conciliação onde predomina a atuação da Administração Pública, ou seja, na Justiça Federal, é de 3%, ao passo em que o maior índice nacional é o da Justiça do Trabalho, com 25%.

[76] ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução do autor. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 352-354.

elemento de sucesso para todos os lados envolvidos, a fim de solucionar o conflito de forma mais harmoniosa em comparação com as sentenças judiciais, que tendem a gerar um só ganhador. Além disso, a celebração do acordo evitaria uma grande animosidade entre as partes, o que geraria frutos futuros em casos de conflitos envolvendo partes que se relacionam continuamente. Menciona ainda a diminuição de custos judiciais, o que para o sistema inglês é muito relevante dado o grau custoso daquele Judiciário.

Essas pontuações são pertinentes ao objeto deste estudo porque se aplicam também à solução de litígios de ordem coletiva pela forma extrajudicial.

As ações coletivas, após sentenciadas, costumam ser um problema de execução. Se, de um lado, ganha-se uma decisão favorável, do outro lado, tem-se uma decisão geralmente péssima – seja na procedência, seja na improcedência. Outrossim, no caso de procedência, geralmente a solução judicial, até por não ser geralmente voltada a tanto, é inexequível ou de difícil execução, sendo impossível cumprir dentro de prazos ou ainda cumprir perfeitamente o comando sentencial.

Ainda nesse sentido da dificuldade de execução da solução judicial de um conflito coletivo, por vezes essa solução é continuada no tempo, de modo que as partes litigantes continuam com um relacionamento duradouro para a verificação da implementação do comando decisório. Dessa forma, e ainda mais considerando-se a natural irresignação da parte vencida, o grau de animosidade dificulta a efetiva implementação do direito coletivo no plano prático, além de potencializar novos litígios. A manutenção de um grau de concordância entre as partes diminui em muito esses problemas, além de contar com um certo consenso quanto à solução extrajudicial alcançada (do contrário sequer haveria acordo).

Quanto à diminuição de custos, vale destacar que, se para o autor da demanda coletiva o ajuizamento é isento de taxas judiciárias (à exceção dos órgãos

---

[77] Por exemplo, quando o autor inglês menciona a vantagem de sigilo do acordo. Isso é absolutamente incondizente com a celebração de acordos em âmbito de litígios coletivos. (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução do autor. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 353-354, especificamente o ponto 10.15, parte final, e ponto 10.17).

públicos da administração indireta com personalidade jurídica própria ou de má-fé das associações civis)[78], no caso da improcedência o réu desta demanda sofre consequências gravíssimas em termos de custos. Como a adoção da solução extrajudicial pode se dar por meio de reuniões consecutivas, inclusive com mecanismos de comunicação remota (videoconferências, e-mails, missivas etc.), em contato direto entre as partes, o custo tende a ser relacionado apenas com os honorários advocatícios e as consequências da solução encontrada, dispensando-se as taxas judiciárias e honorários de sucumbência. Mesmo no caso de haver uma facilitação por terceiros contratados (mediadores e conciliadores), é possível que os custos se mantenham abaixo, considerando-se a quantidade de horas de mediação/conciliação, a complexidade da questão específica e a remuneração pactuada com o terceiro[79].

O Brasil não escapou a esse enfrentamento, de modo que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou em 2010 a famosa Resolução 125, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, competindo ao CNJ organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. A política vem na esteira de teses de colapso do sistema judiciário pátrio, à luz do que já alertava GALANTER quando apontou que o argumento mais notório é auxiliar a desafogar a administração pública de justiça[80].

Como se vê, apesar dos argumentos valiosos e que devem ser tomados em conta quando da celebração ou da legitimação de qualquer acordo, as teses contrárias em absoluto à solução extrajudicial dos conflitos, evitando-se quando convier a adjudicação,

---

[78] Nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 581. Ressalte-se que estamos tratando da taxa judiciária e não de todos os ônus sucumbenciais, conforme STJ, REsp 1.107.543, Rel. Min. Luiz Fux.

[79] Em São Paulo, no Tribunal de Justiça, as taxas judiciárias por si só podem chegar a R$ 70.650,00 no ano de 2016 (equivalente a 3.000 UFESPs desse ano).

[80] GALANTER, Marc. ... *A Settlement judge, not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States.* Journal of Law & Society, v. 12, n. 1, spring 1985, p. 2.

posto que na maior parte das vezes não é mandatória, não permitem concluir pela conveniência de não se adotar tais mecanismos. No máximo, representam razoáveis preocupações, mas não impedimentos ao desenvolvimento de uma cultura que mais valorize o acordo do que a nossa atual.

Passemos, então, às considerações pertinentes sobre a utilização da solução extrajudicial como instrumento apto aos fins desejados, sem olvidar as legítimas considerações daqueles que se mostram contrários ao acordo, ainda que tais considerações não sejam impedimentos.

3.2 – A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL COLETIVO E A ADMISSIBILIDADE DAS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Para a solução extrajudicial dos conflitos, é muitas vezes preciso que a parte possa negociar pontos relevantes ao litígio – ainda que ao final não ceda nada. E para essa negociação poder ocorrer, é necessário que o direito sobre que se negocia seja disponível ao negociante[81].

Em razão disto não são poucos os que sustentam ser inadmissível ou extremamente limitada a solução extrajudicial de conflitos coletivos, reputando que o

[81] São os dizeres do Código Civil:

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões [...] que não tenham caráter estritamente patrimonial.

E da Lei de Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

legitimado coletivo não teria condições de dispor sobre as questões envolvidas no litígio, não podendo ou tendo pouco campo para atuar nesse sentido.

GIDI, por exemplo, reputa que "o direito brasileiro não comporta a realização de acordos coletivos, simplesmente porque não assegura um instrumento eficiente, através do qual o juiz possa controlar a adequação dos termos do acordo, em face dos interesses do grupo"[82], ainda que no ver do processualista a criação de mecanismos seria positiva ao ordenamento.

Mas, em contraponto, e com o que pretendemos aqui defender, MANCUSO já preconizava que "a impossibilidade de transação, antes dada como regra na ação civil pública, tende com o tempo a tornar-se excepcional, ou seja, imperando somente quando venha expressamente prevista, como se dá na ação civil pública em matéria de improbidade administrativa"[83].

Por sua vez, LEONEL *prima facie* parece admitir a solução extrajudicial dos conflitos coletivos apenas e tão-somente por meio da submissão da parte *ex adverso* aos interesses expostos pelo legitimado coletivo[84]. Mas leitura atenta ao seu texto denota que o processualista admite a negociação de forma e prazo, apenas não dá a isso o nome de transação, pois não vê nisso uma concessão sobre algo substancial[85]. Inclusive aponta que seria possível fazer acordos em fase de execução, ou seja, após o direito já até estar reconhecido em sentença. Cita como exemplo a possibilidade de composição entre o

---

[82] GIDI, Antonio. *A* Class Action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 279.

[83] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 251. Lembremos, porém, das ressalvas de FERRARESI sobre a admissão da ação de improbidade administrativa como verdadeira ação civil pública.

[84] *Ipsis litteris*: "Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada 'submissão', não à transação, como usualmente é tratada, pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material" (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 349-350).

[85] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 349-351.

Ministério Público, na execução, e o executado, "a fim de que o valor da multa que já incidiu se destine às obras necessárias ao cumprimento da obrigação", situação em que "não estará o exequente transigindo com relação ao direito material. Ao contrário, estará criando condições para que a obrigação específica seja cumprida [...]"[86].

Já DINAMARCO assenta que "esse dispositivo [artigo 841 do Código Civil] não tem contudo toda a extensão que parece, porque em certa medida, e atendidas certas exigências substâncias e formais, também aos entes públicos é permitido transigir, como se dá nos *termos de ajustamento de conduta*, de grande atualidade no direito brasileiro"[87].

Esse, quiçá, o ponto mais sensível de todo o estudo – e por essa razão esta dissertação não se privará de, sempre que possível, corroborar seu posicionamento com base em outros processualistas, fazendo todas as referências cabíveis.

Ao ver deste trabalho, é plenamente possível, sim, a utilização da negociação – e dos meios de solução de conflitos dela elaborados – para a concretização da tutela coletiva. As limitações impostas pelo sistema de modo algum se prestam a inviabilizar o mecanismo. Respeitados os limites, é absolutamente admissível a solução dos conflitos de ordem metaindividual por meio de outras formas de solução que não a jurisdicional estatal.

Sobre a dita *indisponibilidade* que supostamente adviria em prejuízo ou mesmo impeditivo à solução extrajudicial de conflitos coletivos, cabe adaptar o entendimento de TALAMINI, desenvolvido em relação à Administração Pública, à realidade dos interesses coletivos. A transposição da matéria sob a ótica dos direitos transindividuais é plenamente possível, até mesmo porque a *indisponibilidade* tratada em sede de Direito Administrativo é a do interesse público *primário*, qual seja aquele que

---

[86] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 422.

[87] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 124.

efetivamente diz respeito ao interesse da coletividade a quem serve o Estado, não sendo indisponível o interesse do próprio Estado como ente personificado.

A distinção foi sistematizada na doutrina italiana por Renato ALESSI, que explicita[88]:

> L'organizzazione giuridica dela collettività rappresenta il prevalere di una determinata serie di interessi collettivi su ogni altro interesse, indviduale o coletivo, existente nel seno dela collettività stessa, che sia in contrasto con quello: il complesso degli interessi coletivi prevalenti si è chiamato, com una formula sintetica, interesse colletttivo primario. Questo interesse collettivo primario, pur essendo l'espressione unitaria di molteplici interessi individuali coincidenti proprio ad ogni singolo soggetto giuridico (individuo od ente giuridico) membro della collettività, si distingue idealmente i individuale di ogni singolo soggetto, che può con esso coincidere ovvero con esso essere in conflito: questi interessi individuali propri di ogni singolo soggetto membro della collettività si son denominati ineressi secondari: interessi, pertanto, soggettivi, in quanto propri del singolo soggetto, od anche in senso assai lato, patrimoniali, in quanto integranti quello che, in senso assai lato è il patrimonio del soggetto: complesso di rapporti ad esso mettenti capo.
>
> La soddisfazione dell'interesse coletivo primario si ottiene o con una tutela diretta, indipendentemente da interessi secondari con esso eventualmente coincidenti, ovvero indirettamente, vale dire mediante il soddisfacimento appunto degli interessi secondari coincidenti com l'interesse collettivo primario. L'interesse c. d. pubblico non è nient'altro che lo interesse collettivo primario, considerato come oggetto di diretta tutela dell'azzione amministrativa, mentre lo interesse dell'amministrazione in quanto soggetto giuridico a sè stante, non rappresenta se non uno degli interessi esistenti nel gruppo sociale

Veja-se na parte final do trecho transcrito a plena distinção feita por ALESSI, de que o interesse da Administração, enquanto sujeito jurídico, não representa senão um dos interesses envolvidos[89].

Bem anotou GABBAY[90] que essa distinção é importante para que se ultrapassem os verdadeiros empecilhos – e não óbices – que a própria Administração

---

[88] ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949, p.125.

[89] Nesse sentido, ainda, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 32-33.

[90] GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, pp. 76-77.

Pública por vezes se põe para não pactuar extrajudicialmente, a fim de solucionar conflitos. Há muito desentendimento sobre a extensão do interesse coletivo e do interesse público por parte dos órgãos de controle, como as Controladorias, Corregedorias, Procuradorias fazendárias, Tribunais de Contas, dentre outros.

Mas, como se vê, a natureza do interesse coletivo primário, tratado no direito administrativo, ainda que não idêntica, é muito próxima da natureza do interesse coletivo tratado na tutela dos direitos transindividuais[91]. Por esta razão, a construção de TALAMINI pode ser transposta, pois apesar de tratar da Administração Pública, a ideia de *indisponibilidade* enfrentada pelo processualista é, em última análise, a mesma aqui abordada.

Antes de adentrarmos ao mérito do posicionamento de TALAMINI, façamos porém breve digressão para apontar que, ao menos hodiernamente, está cada vez mais assente a possibilidade de se resolver extrajudicialmente o conflito envolvendo a Administração Pública, tanto entre órgãos da própria Administração quanto entre esta e os indivíduos em geral, pessoas naturais ou não.

A visão tradicional do Direito Administrativo concebe a atuação do Estado a partir do interesse público primário, o qual é indisponível e pertence à coletividade, como discorrido alhures. Assenta-se aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade. Segundo essa linha de raciocínio, toda a atuação da Administração revelaria manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção da arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares. Esse, inclusive, já foi o entendimento do Tribunal de Contas da União[92], a saber:

> [...]
>
> Acerca do tema, impende destacar que com a prolação do Acórdão nº 537/2006-TCU-2ª Câmara restou assentada a ilegalidade da previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos.

---

[91] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

[92] Acórdão 1.099/2006 - Plenário, publicada no DOU de 10.07.2006

> [...]
>
> Examinadas as razões apresentadas pelos recorrentes, consoante transcrito no relatório que precede a este Voto, manifesto-me inteiramente de acordo com o posicionamento defendido pela Secretaria de Recursos, no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos [...]
>
> Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão nº 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que 'o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)'.
>
> Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborada pela manifestação do Ministério Público, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados.
>
> [...]
>
> Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem, e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequada a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão".
>
> Acórdão
>
> [...]
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> [...]
>
> 9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que, em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir claúsulas editalícias e contratuais prevendo a adoção do juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/2000, ante a ausência de previsão legal e à afronta a princípios de direito público;

Esse posicionamento, entretanto – e a nosso ver de forma muito proveitosa –, evoluiu para se passar a admitir a arbitragem nos contratos administrativos, inclusive *de lege ferenda*.

Inúmeros diplomas legais sobrevieram nesse interregno, cabendo a título meramente ilustrativo citar:

- Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo

- Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, com a redação conferida pela Medida Provisória nº. 2.055, de 11 de agosto de 2000:

> Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

- Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências:

> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

- Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações):

> Art. 93. O contrato de concessão indicará:
>
> [...] XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

- Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP):

> Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:
>
> [...] X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

- Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes:

> Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:
>
> [...] XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;

- Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:

> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas

> desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
>
> [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

- Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005:

> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Cumpre ressaltar que parte das matérias legalmente admissíveis de submissão à solução na via arbitral versam sobre concessão e execução de serviços públicos, atividades próprias do Estado.

Não se ignora que seria ainda mais conveniente que fosse realizada uma legislação própria, ampla, que defina critérios para todos os órgãos da Administração Pública, em todos os níveis (federal, estadual e municipal; direta e indireta), que possibilitem ao administrador maior segurança jurídica pessoal na celebração de soluções extrajudiciais, fomentando a evolução do mecanismo.

Na prática de contratos tipicamente privados, em oposição aos contratos tipicamente administrativos, é perfeitamente viável a utilização de convenção de arbitragem nos contratos firmados com a Administração Pública. Nesse sentido, em posicionamento mais recente, o TCU tem entendido cabível a submissão arbitral[93]:

> [...]
>
> Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade

[93] Acórdão 391/2008 – Plenário, publicado 14.3.2008.

> da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem - notadamente quando a Administração se iguala ao particular, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido.(grifo nosso)

Inclusive em posicionamento de relevo, o STF já se posicionou pela admissibilidade da arbitragem, mesmo envolvendo a Fazenda Pública. Tal decisão reconheceu especificamente "a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda"[94].

Fato é que a arbitragem em Direito Administrativo, ainda que controversa, caminha no sentido de sedimentar-se como mecanismo válido. Inclusive foi disciplinada a aplicação de mecanismo arbitral nos conflitos internos da Administração Pública Federal, mediante as Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que dispôs sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Após a edição da referida Portaria, eventuais controvérsias jurídicas interna à Administração Federal, poderão, em sede administrativa, se solucionar por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, através da unidade da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou outros órgãos desde que determinado pelo Advogado-Geral da União ou o Consultor-Geral da União.

Na forma deste normativo, mister envidar todos os esforços para uma solução mais pacífica, que é a conciliação; entretanto, não sendo possível, a Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União, nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar 73/1993, parecer este que, se adotado, vinculará toda a Administração

---

[94]AI 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382.

Pública Federal. Este parecer, na prática, terá a mesma eficácia de uma decisão arbitral[95], por ser vinculativo e extrajudicial.

A eficácia desse novo sistema foi recentemente confirmada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça[96], que, no início de 2009, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, considerando a perda do objeto, em face de realização de conciliação realizada pelo CCAF em um caso que questionava conflito entre órgãos federais.

Por fim, em regulamentação ao Decreto 6.170/2007, que por sua vez dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, a Portaria Interministerial MPOG 127/2008 previu no seu artigo 30, XIX, como uma das cláusulas necessárias a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, contratos ou instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes ou contratantes serem da esfera federal, administração direta ou indireta.

Como se vê de toda essa evolução legal, inclusive amparada por decisões do TCU e do STJ, a evolução da ciência jurídica vem, no Brasil, admitindo a solução extrajudicial de conflitos no Direito Administrativo, tanto entre Administração e particular quanto entre entidades internas à própria Administração.

Tanto isso é bem verdade que adveio ao ordenamento jurídico a Lei 13.129 de 26/05/2015 a inserir dispositivos seguintes na Lei de Arbitragem, com vigência a partir de 26/07/2015:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

---

[95] Há peculiaridades que, entretanto, não convém abordar neste trabalho, já que a matéria aqui é exposta a título meramente ilustrativo, como reforço ao entendimento de que conflitos coletivos, assim como aqueles de ordem administrativa, podem ser solucionados extrajudicialmente.

[96] Notícia amplamente divulgada no âmbito da AGU no *website* da entidade: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id_site=3, acesso em: 10/06/2015.

> § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
>
> § 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
>
> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
>
> [...]
>
> § 3o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Por fim, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5.139/2009 que pretendia a criação de um Código de Processo Civil Coletivo. Em seu capítulo XI, assim dispunha o projeto:

> CAPÍTULO XI – DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS
>
> Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.
>
> § 1o. O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.
>
> § 2o. O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*.
>
> § 3o. Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.
>
> § 4o. O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.
>
> Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de

> processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.
>
> Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.
>
> Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.
>
> Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliaries técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

E ainda:

> Art. 48. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.
>
> Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Feita essa breve digressão, com o intuito de demonstrar a evolução do pensamento jurídico no sentido da admissibilidade da solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública, cumpre retornarmos então à primorosa construção de TALAMINI, a fim de transpô-la ao âmbito dos conflitos coletivos *per si*, embasando o posicionamento de admissibilidade da solução extrajudicial destes últimos.

TALAMINI desenvolveu o seu entendimento ao versar sobre a arbitrabilidade objetiva em relação à Administração Pública. Corretamente, reconheceu que o termo *indisponibilidade* enseja diversos sentidos. É um conceito jurídico indeterminado, já que a mesma expressão é utilizada em diferentes contextos e exprimindo significação variada.

Indisponibilidade é por vezes utilizada como vedação a renúncia ao direito material ou mesmo a impossibilidade de se reconhecer extrajudicialmente quem não se tem razão num conflito; por vezes ainda renúncia a uma posição processual. Essa polissemia advém em prejuízo da compreensão da real extensão da matéria, sendo

necessário, portanto, esmiuçar, a fim de verificar em qual sentido a *indisponibilidade* afeta a solução extrajudicial de conflitos.

A questão que exsurge é tentar definir, no caso dos interesses coletivos, de que *indisponibilidade* estamos tratando.

Esse conceito jurídico indeterminado pode, a depender do contexto, assumir principalmente duas vertentes, processual e material.

A indisponibilidade pode ser processual, ou seja, dizer respeito à atuação processual de determinada pessoa. A lei processual prevê que em determinadas situações, independentemente da atuação da pessoa, um núcleo duro de direitos não podem ser ignorados ou renunciados.

Nesse sentido, a imposição de que o Ministério Público assuma a condução de execução de sentença em demanda coletiva abandonada pelo exequente original[97], sendo o chamado *princípio da obrigatoriedade da execução coletiva*[98].

Mas não é esse sentido que interessa para a verificação da admissibilidade da solução extrajudicial de conflitos coletivos, tendo em vista que a indisponibilidade de que trata a lei não é essa processual, mas a material.

A indisponibilidade material pode ser subdividida em duas espécies: indisponibilidade material e indisponibilidade instrumental[99].

---

[97] Lei da Ação Civil Pública, Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

[98] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p, 66; COSTA, Daniel Carnio. *Danos individuais e ações coletivas*. 2ª ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.

[99] A nomenclatura *instrumental*, na linha do moderno processo civil instrumental, foi bem indicada por MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de mestrado. São Paulo, 2012, p. 58.

A primeira, e talvez a que mais se expõe no ordenamento, é aquela que diz respeito à impossibilidade de renunciar a um direito pura e simplesmente[100]. Essa é, quiçá, a principal vertente de indisponibilidade utilizada no ordenamento, e pode ser denominada especificamente de *indisponibilidade material*.

A indisponibilidade material do interesse coletivo é decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os interesses em questão pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, ou ainda a nenhum deles em específico, a nenhum agente coletivo é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.

Já a segunda acepção é verdadeiramente a *indisponibilidade* que nos interessa[101]: diz respeito aos direitos cujo reconhecimento extrajudicial não é admitido, sendo *necessária a intervenção judicial*[102-103]. Trata-se da *necessariedade da intervenção judicial*, da jurisdição estatal propriamente dita, a que se pode chamar de *indisponibilidade instrumental*, no sentido de ser indispensável o instrumento processual.

GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA já trataram do tema, esclarecendo que em determinados temas o sistema jurídico-legal não admite exceções à proibição da autotutela e nem mesmo admite a autocomposição. Citam que "em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo [conjugal] *etc.*). A lei não admite a

---

[100] TALAMINI aponta que é regra essa aplicação de indisponibilidade material ao interesse público – e reconhecemos aqui, também, ao núcleo duro do interesse coletivo. Cf. TALAMINI, Eduardo. *A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*. Revista de processo, v. 128, out/2005. *In*: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais, acesso em 28/05/2015.

[101] Como bem constata MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de mestrado. São Paulo, 2012, p. 57.

[102] Cf. 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" (TALAMINI, Eduardo *et. al. Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 340).

[103] Adaptamos a expressão "jurisdição" de TALAMINI para "judicial", no sentido de jurisdição estatal, tendo em vista que, como se verá em momento oportuno, este mestrando reputa jurisdicional a atividade desenvolvida na arbitragem.

autotutela, a autocomposição o juízo arbitral e nem mesmo a satisfação voluntária de pretensões dessa ordem"[104].

A necessariedade da intervenção judicial advém do sistema legal, como nos casos que TALAMINI traz a título exemplificativo: situação da falência e da insolvência civil, em que somente um juiz estatal pode decretar tais condições especiais[105], ou ainda nos casos de persecução criminal, em que o acusado não pode ser reputado condenado senão mediante sentença transitada em julgado – mesmo que o próprio acusado se considere, no íntimo e também publicamente, culpado. TALAMINI bem aponta[106]:

> Nesse ponto, cabe fazer o contraste com determinadas situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente indispensável.
>
> O exemplo normalmente lembrado é o da persecução penal. Vigora o princípio da necessariedade do processo penal. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto.
>
> O mesmo se passa no âmbito civil, com determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial, o divórcio ou mesmo a falência e a insolvência. Em todos esses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido.
>
> Nessas hipóteses, há a indisponibilidade não do direito material, mas da ação – ou melhor, da solução jurisdicional. Há a necessariedade da intervenção judicial.

---

[104] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

[105] Exemplos também citados por MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. Dissertação de mestrado, FDUSP. São Paulo, 2012, p. 59.

[106] TALAMINI, Eduardo. *A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*. Revista de processo, v. 128, out/2005. *In*: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%Ancias_processuais, acesso em 28/05/2015.

Também se pode citar a necessariedade da jurisdição estatal na aplicação das penas previstas no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa[107-108], apesar de discutirmos o tema da Lei de Improbidade Administrativa em momento oportuno sobre a suposta vedação a soluções extrajudiciais sobre o assunto.

Essas hipóteses caminham para o que a doutrina costuma denominar de *atividade primária* da jurisdição, em contraponto aos casos em que há *atividade secundária* da jurisdição. Esta última hipótese se daria quando o demandado, podendo atender à pretensão do demandante, não o faz, advindo a jurisdição para substituir essa atitude e corrigir o equívoco social, pacificando o conflito. A primeira se daria quando o demandando, ainda que quisesse atender à pretensão do demandante, não pode por seus próprios meios fazê-lo, ocasião em que a jurisdição atua como elemento necessário à implementação do próprio direito[109]. É somente nessa hipótese em que há necessariedade da jurisdição.

Essa necessariedade da jurisdição é sempre prevista por lei, não havendo se presumir do sistema tal óbice à pacificação dos direitos. Como já alertaram GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA, "vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes"[110]. Nesse mesmo sentido, anotou Daniel NEVES que "o Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução das

---

[107] Lei de Improbidade Administrativa, Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

[108] O exemplo é de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 419.

[109] Para maiores elucidações e até mesmo críticas à terminologia *atividade primária* e *atividade secundária* da jurisdição, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 321-323.

[110] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 31-32.

crises jurídicas, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas"[111].

Essa acepção é a que se deve ter em mente quanto à possibilidade de se solucionar extrajudicialmente um litígio de natureza coletiva. Somente será vedada a solução por meio de técnicas extraprocessuais se for *necessária a intervenção judicial*.

Inclusive alertou DINAMARCO que, apesar do grande e inegável zelo que se tem, no Brasil e mundo afora, à tutela jurisdicional estatal ("jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal), não há que se ignorar os outros métodos aptos à pacificação social, ou seja, "a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado. [...] O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade"[112]. Mais adiante, bem destacou o mesmo autor no sentido de que também o processo judicial é uma técnica[113].

Naturalmente que, no que recair a indisponibilidade material aludida alhures, eventual solução que dela prescinda não será viável[114]. Porém a indisponibilidade material não atinge todos os pontos relevantes dos conflitos coletivos[115], que poderão ser, sim, negociados, pois não há necessariedade da jurisdição para solucioná-los[116].

---

[111] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 416.

[112] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 121-122.

[113] "O processo judicial é sempre uma técnica – técnica de solução de conflitos – e como tal há de ser tratado" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 137).

[114] Ressalva muito bem feita, também, por MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. Dissertação de mestrado, FDUSP. São Paulo, 2012, p. 60.

[115] "[...] a pretensão do legitimado coletivo tem sempre dois aspectos: processual e material (pedido imediato e mediato). Essa lembrança explica por que um 'acordo' que não tenha como objeto o direito material, mas somente a forma, modo e tempo de cumprimento das obrigações reconhecidas por uma das partes, pode ser considerado como uma transação. Ter-se-ão nesse caso as 'concessões mútuas' previstas no art. 840 do CC, sendo a vedação constante no art. 841 do CC privativa do direito material, e não da forma e

A indisponibilidade material somente atinge os interesses coletivos no núcleo duro dos mesmos, no seu cerne não-patrimonial[117]. O objeto de negociação se limita ao aspecto patrimonial do direito em litígio[118], aqui entendidos não só valores, mas também prazos, formas de implementação, dentre outros aspectos negociáveis. A indisponibilidade material do núcleo duro do direito não torna intransigível o modo de concretizá-lo[119].

---

modos de seu exercício" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 420).

[116] No julgamento do RE 253885-MG, a Min. Relatora Ellen Gracie Northfleet reputou válido acordo feito pela Administração Pública, no caso o Município de Santa Rita do Sapucaí, com servidores que cobravam vencimentos não pagos. O Município acordou o pagamento, desde que em contrapartida os servidores abrissem mão dos ressarcimentos devidos pela sucumbência. E assim se fez. Questionado o acordo em juízo, decidiu o E. STF pela validade da transação, valendo trazer a Ementa:

RE 253885 / MG - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 04/06/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796 Parte(s) RECTE. : MUNICÍPIO DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ ADVDOS. : JOSÉ RUBENS COSTA E OUTROS RECDA. : LÁZARA RODRIGUES LEITE ADVDOS. : JÚLIO CEZAR CAPONI E OUTROS EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

[117] Em tempo: patrimonial não é, necessariamente, pecuniário. Há patrimonialidade em direitos não-pecuniários, como os direitos de servidão.

[118] Como bem anota TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 841, "[...] a transação não pode ter como objeto os direitos da personalidade ou aqueles relacionados ao Direito de Família – caso dos alimentos e das relações de parentesco, por exemplo. Anote-se, contudo, que tem se admitido amplamente a transação quanto aos alimentos, por supostamente envolver direitos patrimoniais. Todavia, na opinião deste autor, os alimentos estão mais para os direitos existenciais de personalidade do que para os direitos patrimoniais, sendo vedada a transação quanto a sua existência. Relativamente ao seu valor, é possível a transação, o que não afasta a possibilidade de discussão posterior, havendo necessidade".

[119] "Não há se confundir, assim, disponibilidade e transigibilidade, sendo certo, ainda, que transigibilidade não abrange, como a primeira, a possibilidade de renúncia, mas sim, pura e simplesmente, troca, muitas vezes, aliás, com vantagens para o interesse público" (SOUZA, Luciane Moessa. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis, 2010. Tese de doutorado apresentada na UFSC, p. 218). E ainda: "Não cabe tampouco confundir a proteção de um direito (insuscetível de transação) com a forma pela qual se dará essa proteção, esta, sim, suscetível de transação com o(s) particular(es) interessado(s) e afetado(s)" (*idem*, *ibidem*, p. 220). E ainda, "Na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, as matérias indisponíveis não são passíveis de transação, o que pode desencadear, em alguns, a crença de que, ao se falar em disponibilidade e transigibilidade, se está tratando

Ressalte-se, apesar de valorosa doutrina sustentar parcialmente em contrário[120]: tanto não há necessariedade da jurisdição estatal que não há obrigatoriedade[121] de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público[122], nem obrigatoriedade de assunção do polo ativo em caso de ação coletiva abandonada, em fase de conhecimento, por seu autor original.

Apesar de o artigo 5º, §3º, da Lei da Ação Civil Pública usar o verbo *assumir* no imperativo[123], a interpretação não pode ser literal, posto que a assunção de polo ativo em fase de conhecimento esbarra no princípio da disponibilidade do direito de ação, que no caso não deve ser mitigado porque sequer se sabe se há ou não o direito material vindicado. Não pode o Ministério Público ser compelido a atuar como autor de

---

da mesma questão. Isto não é exato" (LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação de mestrado, UFBA, Salvador, 2009, p. 51)..

[120] Por exemplo, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 66: "[...] a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, §3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo Órgão do Ministério Público, o Juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo-se a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do Chefe da respectiva Instituição do Ministério Público. Também o *abandono* não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgado do mérito com base no art. 267, II ou III, do CPC (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível também a ocorrência de *perempção* em sede de demandas coletivas (art. 5º, §3º, da Lei n. 7.347/85 e art. 9º da Lei n, 4.717/65)".

[121] Muitos doutrinadores se utilizam do termo *obrigatoriedade* para tratar do tema, porém implicitamente, no desenvolvimento de seus pensamentos, demonstram que não se trata de obrigatoriedade, já que o Ministério Público tem a possibilidade de não ajuizar demandas que entender impertinentes. Fala-se até em *obrigatoriedade temperada*, o que me parece uma contradição em si, pois o que é obrigatório não comporta juízos de valor para temperamento. O uso do termo *obrigatoriedade* é impróprio, com vênia aos doutrinadores que dele se utilizam.

[122] Nesse ponto, concordamos com MAZZILLI. Isso porque o processualista, especificamente sobre a necessariedade de ajuizamento por parte do *parquet*, expõe: "O dever de agir não obriga à cega propositura da ação pelo Ministério Público. Sem quebra alguma do princípio da obrigatoriedade, '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" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94).

[123] Lei da Ação Civil Pública, Art. 5º [...] § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

uma demanda coletiva com a qual sequer concorda[124]. Ressalte-se que a hipótese não se confunde com o princípio da obrigatoriedade da execução, porque aqui é bem sabido já ter sido reconhecido pela coisa julgada o direito material coletivo, sendo mister a sua implementação[125]. A hipótese cogitada é de que não se pode impor a quem quer que seja a obrigatoriedade de sustentar em juízo algo que sequer acredita[126].

Bem anota Daniel Amorim Assumpção NEVES[127]:

> Deve-se ponderar que o Ministério Público tem total autonomia na decisão de assumir ou não o polo ativo da demanda coletiva, não existindo obrigatoriedade na adoção de tal postura. [...].

---

[124] Aliás, é possível até que o Ministério Público tenha decidido por arquivar inquérito civil sem ajuizar ação coletiva justamente por não reputar que há direito material. Como poderia, após tal ocorrência, se impor que o Ministério Público assuma a titularidade de uma ação que versa sobre um suposto direito que de seu próprio inquérito civil concluiu não existir? MAZZILLI aponta que "Ao decidir se assume o *prosseguimento* da ação, deverá [o Ministério Público] pautar-se pelos mesmos critérios de quando *propõe* ou *deixa de propor* uma ação. [...] Não há de se dar azo a que qual associação civil, ou qualquer co-legitimado, ajuíze ações temerárias, manifestamente infundadas, sem o mínimo suporte fático ou jurídico e sem a menor viabilidade processual, e mesmo assim obrigue o Ministério Público a assumir sua promoção em caso de desistência ou abandono" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 384-385)

[125] O STJ chegou a analisar caso envolvendo abandono de execução de sentença em ação civil pública: Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTÓRIO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DESISTÊNCIA TÁCITA DA INSTITUIÇÃO AUTORA LEGITIMADA. COISA JULGADA MATERIAL DA DECISÃO EXTINTIVA. INEXISTÊNCIA. ARTS. 5.º, §3.º, E 15, DA LEI N.º 7.347/85. PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE E OBRIGATORIEDADE DA DEMANDA COLETIVA. [...] 3. Nos termos dos arts. 5.º, §3.º, e 15, da Lei n.º 7.347/85, nos casos de desistência infundada ou de abandono da causa por parte de outro ente legitimado, deverá o Ministério Público integrar o pólo ativo da demanda. Em outras palavras, homenageando-se os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade das demandas coletivas, deve-se dar continuidade à ação civil pública, a não ser que o Parquet demonstre fundamentalmente a manifesta improcedência da ação ou que a lide revele-se temerária. [...] (REsp 200.289/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 15/09/2010)

[126] No julgamento do REsp 200.289/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 15/09/2010, o Relator foi consciente em consignar no voto: "De acordo com os aludidos preceitos legais, a regra é que o Ministério Público passe a integrar o pólo ativo da demanda, nos casos de desistência infundada ou de abandono da causa por parte de outro ente legitimado. Em outras palavras, deve-se dar continuidade às ações coletivas, a não ser que o Parquet demonstre fundamentalmente a manifesta improcedência da ação ou que a lide é temerária, o que, por óbvio, não é a hipótese dos autos."

[127] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pp. 102-103.

> Na realidade, nenhum dos legitimados tem o dever de assumir o polo ativo da ação coletiva diante da desistência ou abandono do autor, até porque ninguém pode ser obrigado a atuar como autor [...].
>
> [...] a indisponibilidade do direito material discutido não é justificativa para obrigar o Ministério Público a dar andamento a processo infundado ou desarrazoado, até porque a desistência não se confunde com a renúncia, esta sim inadmissível na ação coletiva.

Ainda, a inegável função constitucional do Ministério Público a quem incumbe defender os interesses coletivos[128] não implica em obrigatoriedade de ajuizamento de ação civil pública. A norma não impõe que o *parquet* defenda em juízo tais interesses[129], apenas que os defenda quando e como for oportuno. Aliás, pode ser que a defesa extrajudicial, aqui sustentada como possível, seja até mesmo mais adequada que a defesa judicial. Nesse contexto, impossível se cogitar de que o Ministério Público tenha incumbência constitucional de seguir a forma menos adequada para a defesa de tais interesses.

Fato é, ainda, que o nosso ordenamento já conta com a positivação de inúmeras autorizações legislativas para a adoção de meios extrajudiciais de conflitos coletivos, ainda que muitos juristas se neguem a encarar dessa forma a matéria.

O artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor[130], ao alterar a Lei da Ação Civil Pública, fez incluir a celebração de "ajustes de conduta" em todos os temas

---

[128] Constituição Federal, 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.

[129] Em sentido contrário, NEGRÃO, Ricardo, *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004, pp. 228-229.

[130] Houve discussão sobre veto em relação a este artigo, posto que na Mensagem de Veto do artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor, a Presidência da República apontou em confusa redação: "Esse dispositivo considera a nova redação que o art. 113 do projeto dá ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, acrescentando-lhe novos §§ 5º e 6º, que seriam decorrência dos dispositivos constantes dos §§ 2º e 3º do art. 82. Esses dispositivos foram vetados, pelas razões expendidas. Assim também, vetam-se, no aludido art.113, as redações dos §§ 5º e 6º". Descuidou, porém, de vetar expressamente e em destacado o artigo 113 – impossibilitando inclusive a derrubada do veto pelo Congresso. O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de discutir a matéria, fazendo-o da seguinte forma: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROMISSO DE ACERTAMENTO DE CONDUTA. VIGÊNCIA DO § 6º, DO ARTIGO 5º, DA LEI 7.374/85, COM A REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 113, DO CDC. 1. A referência ao veto ao artigo 113, quando vetados os artigos 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não teve o condão de afetar a vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC, pois inviável a existência de veto implícito. 2. Recurso provido. (STJ - REsp: 222582 MG 1999/0061543-3,

que podem ser objeto da referida ação, vale dizer, meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, entre outros (artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública)[131]. Muito embora haja quem afirme que não existe autêntica negociação na celebração de termo de ajustamento de conduta, tenho por vênia que discordar, e ainda que assim não seja, o ideal é que a negociação exista, sim, mesmo porque é comum diferentes direitos fundamentais colidirem entre si nos conflitos de natureza coletiva, devendo-se buscar a solução que seja capaz de compatibilizá-los de forma ótima.

O artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe 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".

É possível mencionar também a Lei 8.884/94 – antiga Lei de Defesa da Concorrência –, cujo artigo 53 admitiu a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador[132], hoje sendo regulada pela Lei 12.529, artigo 85[133], valendo mencionar expressamente o parágrafo 13 da norma, que diz *ipsis litteris*: "A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos".

Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 12/03/2002, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.04.2002 p. 166).

[131] Lei da Ação Civil Pública. Art. 5º [...] §6º 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. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990).

[132] Antiga Lei de Defesa da Concorrência. Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada [...] §4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

[133] Lei de Defesa da Concorrência. Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. [...]§8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

O Estatuto do Idoso também é cristalino em admitir transações, mencionando em seu artigo 74, X, como sendo competência do Ministério Público a de "referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei".

Também a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 627-A na redação dada pela Medida Provisória 2.164/2001, aduz que "poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho".

E há outros dispositivos esparsos sobre o tema, como a Lei 6.385/76 (na forma da Lei 9.457/97), artigo 11, §§5º a 7º[134]; e a Lei 9.605/98 (desde a edição da Medida Provisória 1.710/98), artigo 79-A[135].

Assim, com a máxima vênia a entendimento diverso, parece-me inegável que o ordenamento brasileiro admite a solução extrajudicial de conflitos coletivos e, mais, a encara muitas vezes como acordo ou transação coletiva[136].

---

[134] Lei 6.385/76. Artigo 11. [...] §5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: (Redação pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) (vide Art. 3º da Lei nº 9.873, de 23.11.1999) / I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e / II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. / §6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997) / §7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

[135] Lei 9.605/98. Artigo. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 2001)

[136] Há distinções específicas a serem abordadas no capítulo 5 deste estudo entre o que denomino de transação coletiva e transação civil individual.

Reforçam esse posicionamento DONIZETTI e CERQUEIRA, segundo os quais "admite-se a 'transação' em causas coletivas como mecanismo de efetivação dos direitos coletivos"[137].

Há ainda casos não tão raros em que o próprio exercício da pretensão coletiva em juízo pelo legitimado coletivo ficaria inviabilizado se não fosse possível conferir a este legitimado a escolha do direito que entende dever sobressair. Cito como exemplo caso contemporâneo que envolve a admissão dos aplicativos de compartilhamento de caronas, inclusive mediante remuneração do motorista. Há interesse coletivo dos taxistas, que se submetem a inúmeros procedimentos e fiscalizações para poderem exercer a atividade de transporte individual, e esperam sem reconhecidos distintivamente por isso; há interesse individual da prestadora do serviço de compartilhamento em continuar sua atividade; há interesse difuso da sociedade para promover a inovação tecnológica; há interesse difuso da sociedade para garantir a segurança e a regularidade do serviço de transporte individual; há interesse difuso da sociedade para garantir a livre concorrência e a liberdade de escolha dos consumidores; há interesse coletivo dos motoristas cadastrados no serviço de compartilhamento para continuarem exercendo a sua atividade. Verifica-se que há inúmeros interesses, individuais e coletivos, em conflito. Como resolver uma situação como essa com um processo judicial? Mais: como escolher o pedido a ser feito no processo judicial, sem antes ter o legitimado coletivo feito *escolhas* sobre quais interesses devem prevalecer e, assim, terem a tutela pleiteada?[138] Se essas escolhas podem e devem ser feitas pelo legitimado coletivo, a fim de realizar o pedido na ação coletiva, por que não poderiam ser feitas extrajudicialmente, para que todos se componham harmoniosamente, com mútuas concessões de todos os potenciais envolvidos (empresa de compartilhamento, associações e sindicatos de taxistas, CADE, Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON,

---

[137] DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 313.

[138] Nesse sentido, BERGAMASCHI, André Luis. *A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Tese de mestrado apresentada juntado à FDUSP, São Paulo, 2015, p. 82, que sustenta, com o apoio em Carlos Alberto de Salles, que "a definição do interesse público enquanto decisão estatal engloba uma dose de discricionariedade. O Judiciário mesmo pratica tal discricionariedade quando decide sobre interesses difusos e coletivos", sustentando ainda a existência de um "núcleo mínimo", que aqui chamamos de núcleo *duro*, que limita essa discricionariedade.

associações de motoristas cadastrados no serviço de compartilhamento, eventuais associações consumeristas etc.)?

Como se vê, a questão é muito mais complexa, e não pode ser resolvida por uma simplória leitura da indisponibilidade dos interesses coletivos, como se isso fosse um dogma absoluto e intransponível. Essa indisponibilidade deve ser analisa nos limites da tutela do interesse coletivo, considerando inclusive todos os outros interesses envolvidos, e não como um fim em si mesma.

O CNJ, auxiliando a trazer instrumentos jurídicos que afastem o questionamento da possibilidade de utilização da técnica extraprocessual para solução de conflitos de ordem coletiva, trouxe no artigo 6º da Resolução 125/2010 o seguintes incisos, que denotam a admissão da técnica em conflitos de ordem supraindividual:

> Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)
>
> [...]
>
> VI - estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;
>
> VII - realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;
>
> VIII - atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência; (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Tais normas demonstram que o CNJ não só entende possível a técnica, como a incentiva, inclusive fomentando a participação de inúmeros entes públicos, e mesmo suscitando o acolhimento da técnica pela própria Administração Pública enquanto no lado “passivo” do conflito.

Portanto é de se concluir que: (i) não há indisponibilidade processual a vedar a atuação extrajudicial em prol de soluções aos conflitos coletivos[139]; (ii) não há indisponibilidade instrumental (necessariedade da jurisdição estatal) a vedar a atuação extrajudicial em prol de soluções aos litígios coletivos; (iii) a indisponibilidade material dos direitos coletivos não implica intransigibilidade em relação aos seus aspectos laterais, não componentes do núcleo duro sobre o qual recai a vedação de transação, sendo admissível a autocomposição[140].

Fato é que, observadas as ressalvas limitativas, emergentes da lei e da ordem pública, é plenamente possível a utilização de outros meios que não a jurisdição estatal para a pacificação social. Tais meios podem ser legitimamente utilizados, evitando um processo judicial ou, se esta já estiver em curso, contribuindo para seu fim[141].

Em razão disto, é plenamente admissível em nosso ordenamento a solução extrajudicial de conflitos coletivos por meio das diversas técnicas, tais como negociação[142], mediação, conciliação[143] e mesmo arbitragem[144].

---

[139] Aliás, tal afirmação é expressamente consignada por MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 394.

[140] Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 420.

[141] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123.

[142] Cf. MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. Dissertação de mestrado, FDUSP. São Paulo, 2012, p. 61.

[143] Nesse sentido, o STJ. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ACEITÁ-LO OU DE NEGOCIAR SUAS CLÁUSULAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO PARTICULAR. 1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública "poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais". 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o Parquet também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente. 3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 596.764/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012)

3.2 – LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA À ADEQUADA SATISFAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS

No estágio atual de evolução dos direitos, há extrema preocupação com a ampliação do alcance efetivo da norma jurídica – e por conseguinte, de quem pode efetivamente fazê-la aplicar –, mais do que meramente se obter a positivação de novos direitos.

Já em 2004, FARIA escreveu excelente texto sobre a crise do sistema brasileiro de justiça. Anotou o Professor Titular da USP que[145]:

> Perante a opinião pública, o Judiciário tem sido visto como um moroso e inepto prestador de um serviço público. No Executivo, os responsáveis pelo Orçamento Geral da União o encaram como um aparato com baixa eficiência gerencial e insensível ao equilíbrio das finanças públicas, pois seus gastos com obras de discutível utilidade, suas crescentes despesas de custeio e suas sentenças comprometeriam as políticas de ajuste fiscal, poriam em risco a estabilidade monetária e travariam as reformas estruturais. Além disso, juntamente com o MP, o Judiciário é acusado pelo Congresso de exorbitar em suas prerrogativas, interferir no processo legislativo e bloquear políticas formuladas por órgãos representativos eleitos democraticamente, "destecnificando" a aplicação da lei e, por conseqüência, levando à "judicialização" da vida administrativa e econômica.

Mais: vislumbramos no ano de 2016 no Brasil uma grave solvência das instituições democráticas do país. Passamos por um processo de *impeachment* doloroso da então presidente Dilma Roussef, com diversos questionamentos jurídicos e sociológicos sobre o real significado e a verdadeira pertinência deste afastamento. Em seu lugar, assumiu o então vice-presidente Michel Temer, atualmente ainda na Presidência da República. Seu governo passou por diversas turbulências, e em dezembro de 2016 chegou

---

[144] Nesse sentido, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 430.

[145] FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, Agosto/2004, pp. 103-125. *In:* http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso, acessado e baixado em 01/12/2016, p. 103.

a atingir a média de um ministro afastado do governo para cada mês de duração do governo, com nada menos que 6 (seis) afastamentos em um único semestre. Ainda nos deparamos com o Supremo Tribunal Federal determinando, em sede de tutela de urgência, o afastamento do então Presidente da Câmara dos Deputados, o deputado Eduardo Cunha, atualmente preso preventivamente no âmbito da Operação *Lava Jato*[146] de 1ª instância após a renúncia do parlamentar. Em dezembro de 2016, ainda, tivemos um gravíssimo embate entre o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal em razão de medida liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello determinando o afastamento do senador Renan Calheiros da presidência senatorial, liminar esta que foi descumprida pela Mesa do Senado sob o argumento de separação de poderes e necessidade de referendo pelo Tribunal Pleno do Supremo. A decisão do Ministro Marco Aurélio acabou sendo revisitada pelo Plenário dois dias após sua prolação, gerando enorme descrédito na população leiga e na mídia.

Bem anotou SADEK, ao analisar nosso sistema de justiça, que inúmeras variáveis propiciavam a explosão de conflitos vivenciada no Brasil, citando expressamente a noção de impunidade, a prática de ilegalidades por parte dos próprios agentes públicos e, merecendo especial destaque, a descrença nas instituições e nas leis[147].

Talvez já profeticamente, FARIA chegou a prever essa ruptura em seu texto, que peço licença para mais uma vez frasear[148]:

---

[146] Trata-se de operação do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, conduzida em Curitiba por meio de uma força-tarefa especificamente destinada a esse fim, tendo por juízo competente a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, presidida no período pelo juiz federal Sérgio Fernando Moro, também professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Seu escopo de atuação é desvendar crimes junto à direção da Petrobrás. Seus efeitos políticos, econômicos e sociais no Brasil são ainda incalculáveis, pois sua repercussão é imensa e somente poderá ser medida após muitos anos.

[147] SADEK, Maria Tereza. Org. *O Sistema de Justiça*. CEPS: Rio de Janeiro, 2010, p. 2.

[148] FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, Agosto/2004, pp. 103-125. *In:* http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso, acessado e baixado em 01/12/2016, p. 111.

> O problema é que, se por um lado isso pode ser usado como "argumento de defesa" do "sistema de Justiça" para refutar críticas e ameaças de retaliação do Executivo e do Legislativo, por outro, na dinâmica da governabilidade pós-autoritária, leva a uma superposição de esferas, critérios, procedimentos e lógicas decisórias, a uma erosão dos valores precípuos de cada um dos poderes do Estado e a uma sobrecarga no *policy-making* do país. Tensões institucionais e crises de governabilidade são as conseqüências mais visíveis dessa desdiferenciação entre os papéis, competências e prerrogativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. A anomia jurídica, sua situação-limite.

Como se vê, o Brasil passa por enorme crise de representatividade, e hoje em dia discute-se mais os crimes supostamente praticados pela classe política do que a política realizada pela classe política. A legitimidade das instituições brasileiras está gravemente ferida e a sensação de corrupção endêmica, inefetividade, ineficiência e de falta de noção republicana por parte da Administração Pública nunca foi antes vista por este jovem dissertante. A melhor forma disso se reverter, em opinião pessoal, é procurar novos mecanismos para devolver legitimidade às instituições, sendo mais do que claro que o princípio participativo e procedimental é um dos melhores meios para tanto.

Vale repetir o que disse FEINBERG, outrora já abordado neste estudo. Disse o autor estadunidense que esperar algo do legislativo ou do executivo em termos de política pública voltada a solucionar os conflitos individuais seria *to* "*be living on a different planet*"[149]. Como se vê, aparentemente o problema não é apenas brasileiro...

Dentro desse contexto, não podemos nos apegar a visões oligopolistas nem restritivas de aplicabilidade da norma, nem de quem detém legitimidade para fazê-la aplicar. É necessária uma superação da interpretação-subsunção para uma efetiva concretização dos direitos[150].

O fato de o juiz ser o agente estatal constitucionalmente imbuído de "dizer" o direito, ou seja, de ser o juiz a principal figura de intérprete da lei, não significa

---

[149] FEINBERG, Kenneth R.. *Reexamining the Arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement*. 78 Fordham L. Rev. 1171 (2009), pp. 1171-1176. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/, acessado e baixado em 16/11/2016, p. 1172.

[150] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

que é o único ente capaz de produzir o direito. O processo judicial não é uma necessariedade nem pressuposto da construção do direito. Naturalmente que a construção sobre o tema deve ser precedida de uma boa dose de reflexão, evitando-se equívocos de excesso de abertura do sistema.

A ascensão de um Estado proativo e voltado à efetivação de direitos sociais impulsionou uma alteração na forma de ler o direito.

Segundo GAVRONSKI, "a 'interpretação-subsunção' do Estado Liberal e do positivismo legalista mostrou-se não apenas anacrônica, mas também insuficiente e falaciosa"[151], em razão de a separação de poderes tradicional do Estado Liberal perder sua rigidez ante a demanda por soluções proativas por parte do Estado, geralmente vindicadas em juízo, dando ao ensejo paulatino ao que hoje, de forma consolidada, se costuma chamar de *ativismo judiciário*, ensejando o surgimento e consolidação de um juiz *criativo* e não meramente *declarativo*.

Trata-se do advento da preocupação não de enquadrar o caso numa norma geral, pura e simplesmente, mas sim de *concretizar* o direito de acordo com os reclames que o caso concreto possui. *Pari passu*, desenvolve-se uma preocupação para racionalizar a legitimidade das decisões, a fim de se evitar o arbítrio.

Sobre a *concretização* do direito, anotou DINAMARCO[152]:

> O vocábulo *composição*, que apareceu nos compostos *autocomposição* e *heterocomposição*, recebeu de conceituadíssima doutrina o significado de *regramento*, ou estabelecimento da norma que disciplina o conflito de interesses. *Compor a lide* significaria criar a norma que a resolve (Francesco Carnelutti). Mas o juiz não *compõe* a lide nesse sentido, ou seja, ele não cria a norma do litígio: reconhece sua existência e revela os direitos e obrigações eventualmente emergentes dela no caso concreto (*supra*, n. 5 – e os dois planos do ordenamento jurídico). A *composição* que ele realiza (*heterocomposição*) ou a que realizam os próprios litigantes (*autocomposição*), não consiste em estabelecer normas mas em produzir resultados práticos socialmente úteis, representados pela *concreta* atribuição de bens ou definição de

[151] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

[152] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125.

> condutas permitidas ou vedadas – ou seja, a eliminação do conflito e pacificação dos litigantes.

GAVRONSKI cita FRIEDRICH MÜLLER e PETER HÄBERLE, alemães[153] que se incumbiram de expandir os horizontes da hermenêutica na década de 1970. O primeiro, por meio de sua metódica (mormente na obra *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*) e o segundo por sua proposta de sociedade aberta dos intérpretes constitucionais (mormente na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*).

Em verdade, ambos os alemães se voltam a um estudo da hermenêutica de forma a estabelecer métodos e critérios de legitimação da solução jurídica, o que não foge muito ao sustentado por NIKLAS LUHMAN ao defender a *Legitimação pelo Procedimento*.

De fato, HÄBERLE e sua defesa de uma sociedade aberta de intérpretes do direito, dando valor a *expertise* de outras figuras da sociedade que não o juiz, impulsionou inúmeros mecanismos de participação no processo, fortalecendo não só o contraditório substancial, mas em verdade impulsionando o advento de mecanismos de participação em processos objetivos, máxime a figura do *amicus curiae*[154].

---

[153] GAVRONSKI destina boa parte de seu texto fazendo a devida e notória ressalva de que os ideias desses sociólogos não podem ser simplesmente importados sem antes passar por um processo de filtragem crítica, considerando-se as peculiaridades da sociedade brasileira, ilustrando uma ideia de sociedade inferior à alemã (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 126-129). Vejo, porém, que para o caso das tutelas coletivas, dada a legitimidade estrita conferida pela legislação a entes cujo ordenamento presume a representação adequada, não se pode generalizar que os legitimados coletivos não detêm um discernimento ao menos próximo à sociedade alemã. O mesmo autor acaba, ao final, reconhecendo que "não se pode imputar a esses legitimados coletivos as fraquezas de nossa sociedade desigual" (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128).

[154] É fato que o texto de HÄBERLE foi traduzido para o português pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, que por sua vez também foi um dos principais desenvolvedores da Lei 9.868/1999 que prevê a figura do *amicus curiae* no ordenamento pátrio.

Sob essa ótica, o juiz não figura mais como absoluto ser sabedor do direito, mas sim como um dentre outros tantos sujeitos de um debate jurídico na busca pela concretização do direito quanto a uma determinada situação.

Menciona-se que muitos dos conflitos hoje, apesar de não culminarem numa sentença judicial final, acabam sendo resolvidos de outras formas, mesmo criativas e inclusive com a participação de entes públicos. Não raras as ocasiões em que conflitos são solucionados pela intermediação de policiais e delegados[155] (conflitos de vizinhança usualmente não resolvidos dessa forma[156]), de promotores e entidades de defesa do consumidor (para o caso de conflitos consumeristas), dentre outros, sem que isso signifique um *iter* que culmine numa atuação do Poder Judiciário[157]. Portanto, o juiz não é o único detentor do poder de solucionar um conflito (ainda que detenha uma autoridade única).

Ocupando-se dessa evolução, e especificamente em relação à tutela coletiva extrajudicial, GAVRONSKI sustenta com razão que também podem outros entes, que não o juiz, concretizar o direito, mesmo que coletivo – ou seja, verificar uma situação concreta de interesse coletivo e vislumbrar qual a solução mais adequada para a mesma. A diferença recairia na *aplicação do direito*, a quem compete exclusivamente ao órgão estatal judiciário competente, pressupondo-se a *execução oficial* do direito, inclusive com o uso exclusivo da força se for o caso[158].

---

[155] SADEK menciona em seu estudo uma entrevista realizada com um delegado, que anotou: "A função social da polícia é muito grande. Nós somos os únicos representantes do poder público que ficamos 24 horas ao dispor do povo. Funcionamos como uma espécie de anteparo: todo problema social cai no delegado. Um juiz ou um promotor não ficam à disposição como nós ficamos; eles são muito mais inacessíveis". A processualista concluiu que tais agentes públicos, "com frequência, sobretudo em cidades pequenas, extrapolam suas atribuições: agem arbitrando conflitos, sendo procurados até mesmo para dissuadir a continuidade de disputas". (SADEK, Maria Tereza. Org. *O Sistema de Justiça*. CEPS: Rio de Janeiro, 2010, p. 12)

[156] Estudo demonstrou que em relação aos conflitos de vizinhança (85.1%), aos problemas criminais (72%) e às cobranças de dívida (71.5%) foi alto o índice de solução pelas vias externas ao Judiciário. Fonte: (FIBGE, Participação Político-Social 1988, volume 1, Justiça e Vitimização, p. XXXI).

[157] Nesse sentido, SADEK, Maria Tereza. Org. *O Sistema de Justiça*. CEPS: Rio de Janeiro, 2010, pp. 4-7.

[158] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 120-121.

A solução para a problemática da aplicação do direito é a *construção consensual* da solução[159]. Se houver a construção consensual, as partes implementarão o direito concretizado por espontânea vontade, sendo despicienda a execução forçada da decisão.

Portanto, não há legitimidade para executoriedade por parte de outros entes que não o juiz (ou seja, a utilização da força estatal perpassa a necessária atuação do juiz); isso não significa, porém, que não possam tais entes concretizar, eles mesmos, qual a norma jurídica concreta mais adequada a solucionar uma questão e, por um consenso, pô-la em prática espontaneamente.

É possível ir além: também calcado nesse consenso, existe a possibilidade não só de *concretização* do direito já existente no caso concreto, mas também de efetiva *criação* de novo direito, com base no acordo entre as partes envolvidas.

Aqui, as possibilidades de atuação vão além do que poderia ir o juiz[160], alcançando as lacunas *inintegráveis*[161] pelo Judiciário para preenche-las com direito novo. Podemos citar como exemplo, as convenções coletivas de trabalho, as convenções coletivas de consumo, os compromissos de ajustamento de conduta, e mesmo um mero acordo coletivo que preveja obrigações que extrapolem a previsão legal que poderia ser aplicada no caso concreto.

Logicamente que esse posicionamento suscita dúvidas quanto à viabilidade dessas soluções num plano institucional de um Estado Democrático de Direito. A problemática pode ser bem resumida na seguinte tríade: "1) as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, ao prescindirem do processo judicial, por definição e por compromisso

---

[159] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

[160] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

[161] A expressão, anota GAVRONSKI, é de CLAUS-WILHELM CANARIS, e nada mais é do que a impossibilidade de o juiz tomar para si, totalmente, as funções de legislador. Cf. GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

com a informalidade, carecem da legitimidade que ele confere; 2) em sede de tutela coletiva, os legitimados atuam na defesa de direitos dos quais não são titulares, não podendo deles dispor, de modo que sua atuação não pode ser desprovida de limites nem impedir, *a prior*, fiscalização judicial; e 3) não podendo contar com o uso da força, as técnicas extraprocessuais precisam do consenso para realizar o direito, garantir sua efetividade"[162].

Como já vimos tanto neste tópico quanto no anterior, é possível se obter a tutela jurídica dos interesses coletivos por meio de mecanismos extrajudiciais, tanto em termos de *concretização* do direito, na forma como já proposto, quanto na *criação* de direito novo a partir do consenso. O cerne da questão é definir que elementos ensejam a legitimidade desta forma de solução dos problemas coletivos, bem como estabelecer os limites e as condicionantes, e até mesmo os mecanismos de controle, tudo a fim de superar a tríade de problemas exposta alhures.

Importante de início ressaltar que a legitimidade que aqui se trata não é a legitimidade *ad causam* de uma determinada parte, mas sim a legitimidade como conceito sociológico e jurídico relativo à solução. Ou seja, a legitimidade que consiste "num amplo convencimento factual da validade do Direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam"[163].

Nesse sentido, importantes as palavras de FIORELLI, MALHADAS JUNIOR e MORAES[164]:

> *Legitimidade* refere-se ao que os indivíduos percebem como justo e razoável, não obrigatoriamente coincidindo com o que entendem como *legal*.
>
> Para *Acland*, "a noção do que é legítimo varia com a posição da pessoa. A legitimidade transcende a noção de bem e mal, inclui a sensação pessoal de identidade e integridade".

---

[162] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

[163] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1982. Vol. 2, p. 61.

[164] MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 38

> Assim, "quando a sensação de legitimidade é percebida como diminuída, as pessoas atuam para restabelecê-la com o objeto de restabelecer a fé nelas mesmas".

Como a legitimidade inerente ao processo judicial não se encontra inerente às soluções extrajudiciais de conflitos, a viabilização dessas técnicas, mormente em se tratando de conflitos coletivos, carece de uma análise detida dos elementos que confiram legitimidade necessária não só para os sujeitos envolvidos diretamente, mas também aos atingidos pela solução alcançada e também ao juiz a quem pode ser submetida uma discussão sobre a matéria.

GAVRONSKI aponta duas condições: "1) o consenso formado legitimamente e de forma participativa, e 2) a capacidade da solução jurídica alcançada (a concretização e criação do direito) de satisfazer minimamente uma *pretensão de correção*, vale dizer, poder ser sustentada como correta por meio de uma argumentação racional pautada no direito vigente"[165].

A legitimidade nesse caso advém da construção juridicamente racional da solução, decorrente de uma argumentação racionalizada do direito pelos entes. Em contraposição à inerência da legitimidade judicial, a legitimidade extrajudicial adviria da correção da solução alcançada – e essa solução somente seria correta se atingível por uma argumentação racional[166].

Racionalidade não se confunde com verdade. É possível que haja mais de uma solução jurídica racionalmente correta para um caso; a questão é que se escolha racionalmente uma delas, à luz do direito vigente, do caso concreto, da experiência nacional e dos elementos culturais de dada sociedade. Nesse sentido é que HABERMAS afirma que "'Correção' significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos"[167].

---

[165] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.

[166] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 135-136.

[167] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 281.

O fato de não haver um processo judicial legitimador não torna a solução jurídica advinda da técnica extraprocessual ilegítima *per si*. Essa possibilidade de legitimação não é uma negação à teoria da legitimação pelo procedimento[168]. Não se trata, aqui, de ausência de procedimento, mas apenas de ausência de procedimento institucionalizado sob a forma de processo judicial formalístico. Há ainda um procedimento racional de argumentação, presente na própria construção bilateral da solução jurídica entre o ente coletivo e o autor do prejuízo, ainda que esse procedimento seja extrajudicial e informal[169].

Assim, para os diretamente envolvidos na concretização do direito pelas técnicas extraprocessuais, a legitimidade advém naturalmente do consenso: quem participou da construção da solução obviamente a ela anui; do contrário, a solução sequer estaria construída Por outro lado, para aqueles não envolvidos na concretização de forma direta, tais quais a coletividade, os demais colegitimados, e até mesmo o juiz a quem a discussão pode ser eventualmente submetida, a legitimidade advém da correção[170] da solução encontrada, sob a ótica de uma argumentação racional. "Equivale dizer, da capacidade dessa solução ser sustentada como correta nesses termos perante os demais colegitimados e o juiz"[171].

A racionalidade em questão advém da correta utilização das regras do discurso jurídico. ALEXY as divide em regras básicas, regras da racionalidade, regras de

---

[168] Presente em HÄBERLE e LUHMANN. Cf. NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política., nº 37. 1996, pp.94-95; ESTEVES, João Pissara. *Legitimação pelo procedimento e deslegitimação da opinião pública*. Em SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilha: Universidade da Beira Interior. 2005, pp. 281-320, *passim*; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Revisão e apresentação do livro* Legitimação pelo procedimento *de Niklas Luhmann.* Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23, acesso em 08/05/2015.

[169] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 138, nota de rodapé 56.

[170] Nos dizeres de ALEXY, trata-se de *pretensão de correção*. A solução não precisa ser correta em absoluto, nem mesmo a "mais correta" (ou seja, a melhor), bastando que seja adequada ao caso dentro de um silogismo lógico-jurídico, de uma argumentação jurídica racional. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 310).

[171] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

encargo da argumentação e regras de justificação (regras inerentes ao discurso prático geral); e ainda regras de limitação (no discurso jurídico, a limitação pela interpretação da lei, pelos precedentes e pela argumentação dogmática)[172].

De tal modo, não devem os envolvidos na concretização[173]: recair em contradições, ser desonestos em suas proposições, ser incoerentes em suas posições ou se expressar mal em suas colocações; ao mesmo tempo, não podem se sobrepor um ao outro[174], nem coagir um ao outro[175], nem pretender ser aceito apenas pelo outro e não perante terceiros (mormente considerando a possibilidade de impugnação em juízo por outro interessado)[176].

É ainda importante que a declinação dos fatos seja consentânea entre as partes e detenha racionalidade e realidade, ganhando relevo o argumento empírico[177],

---

[172] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 186-194 e p. 296-299 e p. 321.

[173] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.143-146.

[174] A *igualdade* entre os envolvidos é obtida pela assunção da pressuposição legal de representatividade adequada aos entes indicados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, ou seja, a solução perpassa a inevitável participação de algum dos colegitimados à tutela do interesse coletivo em questão.

[175] Ressaltando que nos termos do art. 153 do Código Civil ("Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial"), o legitimado coletivo não atua ilicitamente ao indicar predisposição ao ajuizamento de ação coletiva caso infrutífera a técnica extrajudicial. Cf. *RODRIGUES, Geisa. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 202.*

[176] É necessário que essa concretização possa universalmente ser sustentada de forma racional perante terceiros.. Obviamente que o fato de haver alguma insurgência específica não deslegitima, *per si*, o método adotado, nem torna a solução *incorreta*. Como anotou FERRAZ JÚNIOR, em comentário à obra de LUHMANN, "a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Revisão e apresentação do livro* Legitimação pelo procedimento *de Niklas Luhmann.* Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23, acesso em 08/05/2015).

[177] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 270: "a *argumentação empírica* sempre representa uma parte importante e muitas vezes decisiva tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico. Com frequência há acordo sobre as premissas normativas, mas o desacordo se concentra nos fatos". *Ibidem*, p. 227: "Em numerosas disputas legais o papel decisivo é

calcado nas peculiaridades de cada caso concreto. Isso porque, como o contexto fático pode influenciar na solução mais correta, é necessário que o mesmo seja bem aferido pelos envolvidos na solução extrajudicial, sob pena de fato diverso ser considerado como premissa fática para indicar a ilegitimidade da decisão[178].

Da mesma forma, a solução deve ser realizável no plano prático[179], sob pena de total inocuidade e, por conseguinte, ilegitimidade. Aliás, uma solução irrealizável indica inúmeros problemas nas demais regras, pois dá indícios de desigualdade entre os envolvidos na técnica extrajudicial ou alguma desonestidade ou coação de tais figuras, afinal é regra de experiência comum que ninguém consentirá com algo irrealizável, senão por motivos ilegítimos.

Bem adotadas essas regras, o encargo da argumentação, em caso de posterior questionamento da concretização atingida pela técnica extrajudicial, recairá sobre o insurgente, que deverá trazer argumentos que desqualifiquem a solução, sob pena de improcedência de sua pretensão. A ausência de preenchimento dessas regras não caracteriza, sozinha, um argumento jurídico próprio do foro judicial para a

---

representado pela apreciação dos fatos. Não há desacordo sobre as afirmações normativas a serem aceitas; a decisão se apóia apenas nos fatos sobre os quais se fundamenta".

[178] Divirjo, aqui, parcialmente de GAVRONSKI, para quem o argumento empírico não poderia ser indicado de forma genérica como premissa teórica sobre a legitimidade do consenso, por prejudicar a generalidade da teoria (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 149, nota de rodapé 82). A meu ver, indicar o argumento empírico como elemento importante para garantir a legitimidade do consenso não é tornar a teoria em algo concreto nem é retirar seu caráter generalizante. Dizer que, em todos os casos, os fatos devem ser bem delineados (com base numa construção racional) não faz com que a base teórica que estamos tentando construir se torne casuística, pois continua sendo uma regra geral de observação dos fatos em cada e todo caso. Caminho, sobre o tema, no que apontou GABBAY sobre a necessidade de analisar as peculiaridades de cada caso (GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, p. 81).

[179] Segundo ALEXY, "os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta" (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 295).

inaplicabilidade da solução, mas certamente abrirá margem para que um argumento jurídico adequado ao foro judicial seja desenvolvido e ganhe força[180].

As regras específicas até agora enunciadas desservem, porém, por si só, para legitimar a solução extrajudicial, pois a sua observação não acarreta, ainda por si só, a correção da concretização do direito consentida pelos envolvidos. É necessário também que as instâncias limitadoras próprias do discurso jurídico sejam efetivamente observadas: a lei, a dogmática e os precedentes.

Dentre as regras específicas de limitação atinentes ao discurso jurídico, a limitação do direito positivo é a mais expoente. É absolutamente ilegítima qualquer solução extrajudicial que desobedeça aos limites legais, o que nos casos da tutela de interesses coletivos impõe a observância dos direitos coletivos expressamente resguardados pela lei, não sendo admissível concretização *contra legem*, até mesmo porque o legitimado coletivo não detém capacidade para dispor sobre os direitos coletivos em seu núcleo duro[181].

Para a análise dos limites legais na técnica de solução extrajudicial, como bem aponta GAVROSNKI nos importa observar o princípio da razoabilidade[182], tratado por ALEXY na *Teoria da Argumentação Jurídica* como argumento de ponderação[183], com a atribuição de pesos aos argumentos em considerações aos princípios reputados

---

[180] Como aduziu ALEXY, "A observação dessas regras certamente não garante a certeza conclusiva de todos os resultados, mas sem dúvida define os resultados como resultados racionais" (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 181). É a mesma observação que faz GAVRONSKI (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 147).

[181] Como pontuou ZAVASCKI, sendo o legitimado coletivo apenas um representante e não o próprio titular do direito, não poderia "praticar ato algum que, direta ou indiretamente, importe disposição do direito material, que não lhe pertence" (ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78-79).

[182] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

[183] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, pp. 237 e ss.

como de interesse pelos interlocutores e terceiros potencialmente envolvíveis[184]. Trata-se, em suma, como aponta ARENHART, da "procura do 'melhor' meio de intervenção [...], ou seja, aquele menos gravoso, observados os parâmetros de necessidade e adequação ao caso concreto [...] não apenas no campo da colisão de princípios, mas também em qualquer setor em que se verifique a colisão de valores ou o conflito entre o interesse público e o particular"[185].

Ainda que nem sempre, muitas vezes a discussão envolverá a razoabilidade da mitigação da indisponibilidade em benefício da eficiência jurídica. Como anotou MAZZILLI, apesar de o legitimado extraordinário não deter disponibilidade do conteúdo material da lide, "aspectos de conveniência prática recomendavam a mitigação da indisponibilidade da ação pública"[186].

Segundo MASTRODI[187]:

> [A teoria dos direitos fundamentais] se trata, como afirmado na Introdução, da primeira estrutura teórica que confere importância a direitos sociais e a interesses públicos, desde que positivados na Constituição, no mesmo patamar dos chamados direitos individuais, próprios de uma estrutura social que serve à manutenção de condições sociais de desigualdade. Não quero com isso afirmar que a teoria dos direitos fundamentais seja a única forma de dar força

[184] Por fugir ao escopo deste trabalho, não entrarei em maiores considerações sobre a (in)compatibilização dos posicionamentos de hermeneutas sobre a viabilidade do *sopesamento* como critério racional de argumentação. Destaco que, particularmente, não vejo razão para se afastar o sopesamento como critério racional de argumentação, desde que pautado pelas regras já expostas alhures. Para breves considerações sobre o debate, sugiro a leitura de SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, pp. 607-630. O constitucionalista chega a afirmar que "mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito". Em contraponto, ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, (215):151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999, pp. 151-179, afirmando o autor que "todas essas considerações levam à qualificação da proporcionalidade como uma mera estrutura formal de aplicação do Direito".

[185] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 21-22.

[186] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 394.

[187] MASTRODI, Josué. *Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais*. Rev. direito GV, vol.10 no.2. São Paulo. Julho/Dezembro, 2014, p. 591.

> constitucional a direitos sociais e que ela permitirá que se faça isso na prática das decisões judiciais, mas que essa característica inerente se apresenta altamente conformada à estrutura social pluralista de nossos dias, permitindo que os mais diversos grupos sociais tenham condições de lutar por certos valores e interesses e vê-los prevalecer.

Não se nega, porém, que o princípio da proporcionalidade permite a escolha de um critério dentre uma gama de soluções corretas[188], o que pode vir a se tornar um empecilho para justificação da solução perante terceiros. Por tal razão, é extremamente importante que a construção da solução pelos entes legitimados seja premeditada por considerações expressas dos pontos relevantes levados em conta. Isso auxiliará a defesa da solução dentre as outras possíveis soluções corretas, pois quanto maiores as considerações sobre os inúmeros aspectos que circundam o conflito, mais robustez haverá na argumentação em favor da solução extrajudicial. Nesse sentido, deve ser observada a teleologia do artigo 489, §2º, do Novo Código de Processo Civil também pelos anuentes da solução coletiva, a fim de explicitar as razões de suas escolhas[189].

Vista sob toda essa ótica, é possível defender a legitimidade de uma solução extrajudicial coletiva. O ponto relevante, a partir disso, é saber o que pode influir na adequação à tutela do direito. Isso porque de nada adianta envidar esforços e recursos na construção de uma "solução" extrajudicial que, na prática, seja inadequada aos fins a que se pretende.

É extremamente importante, nesse sentido, que o legitimado coletivo que esteja atuando na construção da solução busque levar em conta todos os interesses envolvidos, sabendo de antemão os pontos sensíveis e os pontos fortes da solução almejada. Relevante assim que haja diálogo não só com o suposto infrator dos interesses coletivos, mas também com outros legitimados coletivos, o que pode ser obtido por audiências públicas, convites a reuniões, ou pelo próprio direito de petição. Interessante é

---

[188] MASTRODI, Josué. *Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais*. Rev. direito GV, vol.10 no.2. São Paulo. Julho/Dezembro, 2014, p. 584.

[189] Novo Código de Processo Civil. Art. 489. [...] §2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

que haja diálogo, para que a solução obtida seja eficiente sob a ótica da pacificação social.

Dentro dessa lógica, é importante que os aspectos transigíveis do conflito sejam todos levados em consideração, por mais secundários que possam parecer aos originalmente envolvidos na construção da solução, haja vista que esse aspecto secundário pode ser apenas uma errônea leitura da situação pelos interlocutores originais, ou mesmo seja utilizado como argumento desvalorizador da solução extrajudicialmente obtida[190].

Também com base nos critérios de legitimidade, para que a solução construída se mostre eficiente é necessário que a mesma seja exequível, ou seja, a proposta deve ser realizável pelo infrator, que com ela concordou não simplesmente por medo de um processo coletivo ou por temer as repercussões negativas da exposição, mas verdadeiramente porque lhe aparentou melhor concretizar o quanto proposto do que enfrentar a perpetuação do conflito coletivo. O abuso de poder pelo ente coletivo é contraproducente, pois pode ensejar compromissos inexequíveis na prática, com os quais somente concordou o infrator porque lhe pareceu melhor aceitar (mesmo com as consequências de não cumprir) do que continuar na disputa.

Ainda, para que se mostre adequada a solução, é necessário que a sua implementação seja efetivamente acompanhada pelo legitimado coletivo, a fim de garantir o cumprimento estrito dos termos acordados, bem como verificar se com esse cumprimento está sendo obtida a tutela dos interesses coletivos almejada desde o início. De nada adianta a obtenção de um acordo em âmbito coletivo se, quando posto em prática, o que se verifica é que as expectativas de tutela da coletividade não se concretizaram. Como bem anota MAZZILLI, apesar de tratar especificamente do

---

[190] Nesse sentido cuidou de anotar GABBAY: "Para transacionar o administrador deve contar com o apoio de um advogado/procurador, considerar globalmente a política de governo, garantir a isonomia de tratamento perante os administrados e verificar a existência de recursos suficientes. Tais procedimentos mobilizam uma série de instâncias administrativas que devem trabalhar em conjunto para garantir a eficiência na solução de um conflito." (GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, p. 76).

Ministério Público, deixa claro seu entendimento de que a conclusão de um acordo extrajudicial não desonerará o legitimado coletivo de acompanhar a execução da solução atingida[191]. Também nesse sentido, a Súmula 21 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

> Súmula 21/CSMPSP: Homologada pelo Conselho Superior a promoção de arquivamento de inquérito civil ou das peças de informação em decorrência de compromisso de ajustamento, incumbirá ao órgão do Ministério Público que o celebrou fiscalizar o efetivo cumprimento do compromisso, do que lançará certidão nos autos.

Portanto, os interlocutores da solução extrajudicial coletiva devem se preocupar sempre em atender aos critérios apontados, a fim de obter tanto uma solução legítima, que se mostre forte perante questionamentos de terceiros, quanto a fim de obter a própria tutela do interesse coletivo tido por violado ou ameaçado. Dessa forma é que a solução extrajudicial poderá se mostrar eficiente, a fim tanto de concretizar o direito coletivo como também de atuar como pacificadora social e desafogadora do Poder Judiciário.

O atingimento de todos esses critérios certamente não é fácil, e mesmo a construção de uma solução extrajudicial no âmbito coletivo, por si só, não é fácil. Isso não significa que devemos fechar os olhos para a possibilidade que se põe diante de nós, operadores do direito em geral, de resolver inúmeros problemas por meio da técnica extrajudicial de solução de conflitos. O esforço, se bem-sucedido, certamente será compensado pelos resultados que podem ser obtidos.

É possível ainda destacar, como vantagem para a solução extrajudicial do conflito, a sua informalidade e ampla possibilidade de discussão e rediscussão. A construção extrajudicial de uma solução não se sujeita à preclusão processual usual no direito processual clássico. Isso permite que o aclaramento dos pontos determinantes do conflito seja maior.

---

[191] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 419.

Vale ressaltar que isso é extremamente relevante, haja vista a notória interdisciplinaridade inerente aos conflitos de ordem coletiva. Dificilmente a matéria é apenas jurídica; é muito usual que envolvam outras áreas da ciência humana e mesmo outras ciências, tais como exatas e biológicas. Nesse sentido, a existência ou não de uma poluição de um rio é questão ambiental que dificilmente um jurista poderia ser capaz de, por si só, aferir. Da mesma forma, qual o melhor tipo de filtro, em termos inclusive de custo-benefício, a fim de sanar essa poluição, se constatada, é matéria para um engenheiro ou um químico, não para um advogado, promotor ou qualquer outro estudioso do direito.

Dessa forma, a informalidade permite que se retorne em algumas discussões caso se perceba necessário, bem como se iniciem novas discussões originalmente não previstas. Não há aqui fases processuais, nem preclusões que promovam o impulso do procedimento. Há a possibilidade de as próprias partes discutirem e rediscutirem todos os pontos que reputarem de interesse.

Essa informalidade, além do próprio consenso, enseja ainda a solução extrajudicial coletiva como um método muito mais célere para a solução do conflito coletivo. Isso porque as etapas que não forem relevantes para a solução do conflito poderão ser superadas de plano, sem maiores delongas, o que não seria viável num processo judicial.

Como anotou PEDRO PAULO MANUS[192]:

> No âmbito do Poder Judiciário a solução dos conflitos é lenta e assim continuará, não obstante tanto os esforços realizados em relação à estrutura, quanto à dedicação de seus integrantes, pois a obediência ao princípio do devido processo legal (CF, 5º, LIV) exige a observância de determinados atos processuais que somados ao volume excessivo de feitos impede a rápida e segura solução judicial.

A adaptação do procedimento extrajudicial de construção da solução é muito mais fácil e ampla. Com a queima de etapas, pode-se chegar logo ao que realmente interessa. Quanto ao consenso: em casos normais, a expectativa é de que não haja

---

[192] MANUS, Pedro Paulo. *A celeridade não se alcança sem mecanismos de solução extrajudicial*. Revista Consultor Jurídico, 30 de janeiro de 2015. *In:* http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/reflexoes-trabalhistas-celeridade-nao-alcanca-mecanismos-solucao-extrajudicial, acessado e baixado em 07/07/2015.

recursos à via judicial, porque as partes concordaram. Também não haverá, em casos normais, a expectativa de execução forçada, afinal espera-se o cumprimento espontâneo do pactuado (até porque, muitas vezes, um dos elementos motivadores do infrator de direitos coletivos para que aceite o acordo é justamente não ter de responder demanda judicial).

Destaque-se ainda a redução dos custos. O acesso ao sistema judiciário é ordinariamente oneroso, tanto para as partes, que arcam, por exemplo, com as custas processuais e os honorários advocatícios, quanto para a sociedade que custeia sua manutenção, ampliação e modernização. Em caminho diametralmente oposto, a construção extrajudicial do conflito representa uma alternativa aos elevados custos da prestação jurisdicional.

Não se pode ainda deixar de dizer que a utilização de meios alternativos ao judiciário para a solução de conflitos, principalmente os coletivos, pois em sendo possível obter um acordo satisfatório para a lide coletiva mediante solução extrajudicial desta, contribui-se para o necessário desafogamento do Poder Judiciário[193], numa solução certamente mais célere e menos custosa. Isso coopera para a implementação do princípio da celeridade, contido no artigo 5º, LXXVIII, da CF, sob a ótica externa (menos processos permite com que os processos existentes sejam julgados melhor e mais rapidamente).

Em tempo: considerando-se o artigo 5º, XXXV, da CF não só como acesso ao Poder Judiciário, mas sim como acesso a uma ordem jurídica justa, a solução extrajudicial dos conflitos coletivos, considerados todos os ganhos retromencionados, fomenta o acesso à justiça, pois garante coletivamente algo que talvez não fosse possível

---

[193] Permito-me retomar aqui nota anterior: ainda que especificamente acerca da sociedade americana, GALANTER fez notas que entendo plenamente cabíveis ao caso brasileiro: “One reason our courts have become overburdened is that Americans are increasingly turning to the courts for relief from a range of personal distresses and anxieties. Remedies for personal wrongs that once were considered the responsibility of institutions other than the courts are now boldly asserted as legal "entitlements." The courts have been expected to fill the void created by the decline of church, family, and neighborhood unity” (GALANTER, Marc. *Reading the landscape of disputes: what we know and don’t know (and think we know) abou tour allegedly contentious and litigious society.* 31 UCLA Law Review n.4. October, 1983).

que a sociedade obtivesse pela atuação desordenada e às vezes individualista de seus entes representativos.

Além de tudo isso que já apontado, vale mencionar as palavras de GABBAY, FALECK e TARTUCE[194] acerca da utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos:

> Embora sua adoção seja normalmente vista como um contraponto ao Poder Judiciário na busca de maior rapidez e efetividade, é importante ressaltar que cada mecanismo de solução de conflito deve ser analisado também em suas próprias potencialidades e aptidão para atender aos interesses das pessoas envolvidas e ao tipo de conflito. Assim, ao invés de serem escolhidos apenas como alternativa em virtude de problemas nas demais formas de solução de conflitos, devem ser eleitos por serem os meios adequados ao enfrentamento e à solução do caso concreto.

Com razão os autores: de fato, os meios "alternativos" não têm por grande trunfo o insucesso do meio "principal" (para utilizar a terminologia dos processualistas)[195], ou seja, não tem sua razão de ser primordial o escapismo da sociedade ao recurso ao Poder Judiciário. É inegável que isso certamente influencia, mas a escolha do mecanismo deve passar por um crivo de adequação dos seus procedimentos internos

---

[194] GABBAY, Daniela *et al. Meios alternativos de solução de conflitos*. Série Direito & Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2013, pp. 09-10.

[195] Como já dito no corpo do texto, utilizo tais expressões nessa passagem em específico, com o fim de me alinhar na explicação ao que defendem os processualistas citados. Mas durante toda esta exposição, cuidei de evitar a expressão *meios alternativos*, pois reputo que essa terminologia carrega, em si, a ideia de que estão fora da linha principal de solução. Isso é mesmo um fato não ignorado por este mestrando, e se dá por conta de nossa *cultura da sentença*, expressão maravilhosamente cunhada por Kazuo Watanabe. Aqui não se nega isso. Porém, a reiteração dessa terminologia, na minha humilde opinião, dá ensejo a uma valoração preconceituosa de que seriam um caminho secundário. A meu ver, não são, e sei que para inúmeros doutrinadores também não, mas penso naqueles que não lidam frequentemente com a matéria e, principalmente, com os cidadãos em geral, leigos no Direito. Os meios ditos "alternativos" são tão principais quanto o Poder Judiciário, em termos de pacificação de conflitos. Como defendo a maior utilização desses mecanismos, reputo que um dos modos de fazê-los se difundirem e serem melhores aceitos na sociedade é, já na academia, não se referir a eles como se fossem secundários ao Poder Judiciário (ainda que na prática e atualmente assim ainda se mostrem, infelizmente). Nesse sentido, parece-me mais interessante mesmo referir-se a esses mecanismos como *extrajudiciais*. DINAMARCO chega a cunhar a expressão *parajurisdicional* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 121, título do item 45, e p. 126), que reputo uma excelente expressão para denotar essa noção de concorrência – e não de secundaridade – dos meios extrajudiciais, cabendo somente a ressalva de que o ilustre processualista insere nessa *parajurisdicionalidade* a arbitragem, que a meu ver não deixa de ser *jurisdicional*, já que não adoto como sinônimo as expressões *judicial* e *jurisdicional*. Talvez a expressão fosse melhor empregada como *parajudicialidade*, com todas as vênias ao grande mestre.

ao que a natureza do conflito "pede". Nesse sentido, é importante destacar o que disse MANCUSO[196]:

> Em verdade, os meios auto e heterocompositivos ditos *alternativos*, devem se justificar de per si e buscar seu próprio espaço (até porque a resolução dos conflitos não é monopólio do Estado), não devendo, pois, esses *outros meios* buscar afirmação social *apostando* na deficiência da Justiça oficial, num deletério *jogo de soma zero*.

Em verdade, existem casos em que nem mesmo a solução extrajudicial do conflito coletivo é a mais pertinente, ainda que possa a vir ser mais célere ou prover de resultados prontos. A título de exemplo, e na linha do que já mencionou WEINSTEIN sobre um de seus exemplos[197], casos em que é necessário mudar um paradigma cultural devem ser resolvidos por meio do Direito, de uma mensagem do Judiciário, tal qual é o caso da disputa entre Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) e o Governo de São Paulo no que tange à utilização de armamento policial no controle das manifestações e da violência empregada para tanto. Para efetivamente solucionar um conflito como esse, é necessário que o Judiciário decida efetivamente se tal postura é adequada ou não, pois (i) no caso de procedência, ainda que parcial, do pedido do MPSP, é necessário haver um controle específico de cada situação para saber se a utilização do armamento se fez, se faz ou se fará necessário no controle de próximos conflitos decorrentes de manifestações populares, o que certamente ensejará um controle judicial do cumprimento de qualquer *decisum* de forma perene, e (ii) tendo em vista que a violência e o abuso policial são atitudes quotidianas no país, eventual entendimento de que isso deve diminuir deve partir do efetivo controle de um Poder (Judiciário) sobre outro (Executivo), com

---

[196] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

[197] *Brown v. Board of Education*: Segundo WASTEIN, "settlements were not possible. The cases were litigated in several states and the District of Columbia. Settlements were proposed in some instances to provide claimed 'real equality' for students at schools that would remain segregated; they were properly rejected by the plaintiffs. The cases had to be decided on the facts and the law at the trial and Supreme Court levels if we were to tear down the barriers to racial equality. A great deal of subsequent litigation was necessary since school disputes were fact specific and required fundamental change in national education opportunity and desegregation policies". (WEINSTEIN, Jack B.. *Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)*. 78 Fordham L. Rev. 1265 (2009), pp. 1265-1272. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8, acessado e baixado em 16/11/2016, p. 1268).

uma clara mensagem republicana de que isso não é aceito – independentemente da concordância do Governo ou não[198].

Veremos de forma mais detalhada, quando abordadas as modalidades de soluções extrajudiciais de conflitos coletivos, que cada um dos mecanismos possui suas próprias vantagens e desvantagens e, com isso, uma indicação para determinados conflitos específicos. Obviamente que a fórmula não é rígida, mas é inegável que a adequação do mecanismo deve ser apta a efetivamente trazer um procedimento construtivo melhor do que outros mecanismos. Para que não atropelemos o desenvolvimento paulatino deste estudo, fica aqui apenas a menção. A matéria será melhor desenvolvida no capítulo 4 desta dissertação.

Não é possível, em uma análise teórica, afirmar que um mecanismo é melhor, em absoluto, que outro. Cada mecanismo tem suas vantagens e desvantagens e a peculiaridade de cada um deles deve ser utilizada em favor de uma melhor construção da solução – seja ela judicial ou extrajudicial – do conflito. É possível delinear alguns critérios objetivos, que serão melhor estudados oportunamente, porém não é cabível teorizar sobre qual o método melhor para um caso genérico.

A opção deve ser realizada caso a caso, numa atuação mais prática do que teórica[199]. Em razão disso, é muito importante analisar o conflito, mapear os interesses dos envolvidos (tanto do infrator do direito coletivo, como do legitimado coletivo, como dos demais legitimados coletivos, como dos próprios titulares indeterminados do direito coletivo), definir os critérios, as prioridades e, somente tudo isso em conta, optar por um ou outro mecanismo próprio (seja judicial ou extrajudicial).

Ressalte-se que a solução extrajudicial de conflitos coletivos não possui uma vocação inerente, podendo ser aplicada amplamente nas mais variadas espécies de conflitos.

---

[198] Atualmente, a utilização do armamento policial contra manifestações (balas de borracha, gás lacrimogênio, as novas bombas de água, dentre outros não-letais) está mantida por decisão provisória do E. TJSP, que ainda se debruçará em definitivo sobre a matéria.

[199] GABBAY, Daniela *et al. Meios alternativos de solução de conflitos*. Série Direito & Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 10.

De se destacar, por exemplo, a sua possibilidade de utilização na discussão de implementação de políticas públicas, inclusive evitando a judicialização de políticas públicas e todo o debate inerente à ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo inerente aos processos coletivos que discutam atuações positivas da Administração. Como a construção será consensual, mediante discussão entre o ator coletivo e a Administração, a decisão não será imposta, não havendo qualquer ingerência de um Poder sobre outro. A separação republicana de poderes fica, dessa forma, mais harmoniosa. Tem-se ainda um ganho de previsibilidade[200], pois a situação negociada pois as partes em total domínio da situação, ao passo que no Judiciário é o entendimento final do juiz que deverá ser implementado. Nesse sentido, inclusive, é importante consignar que não raras vezes as sentenças prolatadas são inexequíveis à Administração, problema que um acordo bem construído e costurado poderia evitar[201].

A solução extrajudicial de conflitos coletivos deve ser analisada sob essa ótica exposta: é possível concretizar o direito coletivo extrajudicialmente e de forma legitima perante a sociedade, impedindo não só muitos questionamentos mas, mais do que isso, muitas vezes vencendo os questionamentos. E, sendo um meio legítimo, está à disposição dos atores coletivos para a busca da efetivação da tutela dos interesses metaindividuais como um meio que possui inúmeras vantagens próprias e total adequação à construção da solução do conflito coletivo.

---

[200] Como bem anota MANCUSO, "há de prevalecer o critério finalístico, que informa o binômio instrumentalidade-efetividade dos procedimentos, sinalizando ser preferível uma solução negociada, que e mostre idônea e eficaz para resolver o conflito gerado pela lesão ou ameaça ao interesse indigitado, do que uma obstinada busca pela solução judicial, que pode ser demorada, onerosa e, algumas vezes, de difícil previsibilidade quanto ao seu desfecho". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 249).

[201] Como anota MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239, que um acordo "sinaliza para o afastamento dos excessos e das posturas exacerbadas, em prol da eliminação das arestas e do *acordo possível*" (destaque do original). Alexandre Gavronski também faz várias alusões ao termo "acordo possível" no decorrer de sua obra GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

3.3 – EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DE OBJETO DA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CONFLITO COLETIVO

Verificamos que é possível solucionar conflitos coletivos utilizando-se, como método adequado, de mecanismos extrajudiciais de solução e concretização do direito. Mas não basta analisarmos apenas a legitimidade e a adequação desse método ao sistema de tutela coletiva: mostra-se necessário esclarecer qual a extensão e a profundidade que a solução extrajudicial pode atingir, no que tange ao objeto do conflito coletivo.

Como já dito anteriormente, a indisponibilidade material do interesse coletivo é decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os interesses em questão pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, ou ainda a nenhum deles em específico, a nenhum agente coletivo é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.

Por tal razão, há um óbice à amplitude de objeto da solução extrajudicial coletiva: não se pode adotar solução que resulte em limitação do direito coletivo garantido pelo ordenamento. A concretização desse direito é elemento indispensável de qualquer solução que se pretenda, seja judicial, seja extrajudicial. Trata-se, pois, de um elemento intransigível dentre uma gama de outros elementos, transigíveis, que circundam o questionamento coletivo. Assim, a extensão da construção da solução coletiva não é irrestrita, pois há elemento que não pode ser utilizado como ferramenta de transação.

Anotam DONIZETTI e CERQUEIRA que "verificando-se a indisponibilidade desses direitos (o que corresponde à maior parte dos casos), prevalece o entendimento de que não pode a transação pelos substitutos processuais importar em qualquer concessão que prejudique a sua integral satisfação, mas tão somente a regular a forma de proteção, como, p. ex., o início, o termo, as condições ou os prazos para que seja praticada a conduta necessária à satisfação do direito ofendido ou ameaçado"[202].

---

[202] DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 313 e novamente na p. 316.

A problemática não se limita só à extensão, ou seja, ao que pode efetivamente ser utilizado como ferramenta de transação. Há questão mais complexa de aferir no plano prático, que é a limitação de profundidade da transação, ou seja, quanto pode efetivamente ser flexibilizado pelos atores coletivos.

De fato, nem tudo o que compõe um conflito coletivo é efetivamente intransigível, mas apenas seu núcleo duro. Como bem anota LUCIANE MOESSA DE SOUZA, "não se pode, portanto, de forma alguma confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação"[203]. Isso não significa que a transigibilidade é irrestrita, já que um mau uso dessa flexibilização pode ocasionar a inefetividade do interesse a ser tutelado.

Por exemplo, de nada ou pouco adianta fixar prazo longuíssimo para um direito coletivo que demanda urgência de implementação. Ou ainda a celebração de acordo objetivando a utilização de um filtro pouco eficiente para a emissão de poluentes no ambiente. Mesmo a reposição de espécimes totalmente diversas das originais, ou então a reposição de número insuficiente desses indivíduos, para recolonização e reconstituição de um habitat ecológico degradado indevidamente. Ou então a utilização de equipamentos de baixa qualidade para solucionar um problema geral de ergonomia numa determinada empresa.

Todos esses exemplos, como se percebe, envolvem a má-utilização da transigibilidade a eles inerentes. Isso porque, a despeito de se facilitar um potencial acordo, o mesmo será inócuo, não concretizará a tutela coletiva. E o problema não é de indisponibilidade material desses elementos, haja vista que são todos verdadeiramente transacionáveis: *prima facie*, não há irregularidade nenhuma em flexibilizar prazos, permitir um ou outro tipo de filtro, permitir a utilização de uma ou outra espécie de animal a fim de reconstituir o habitat, nem em admitir um ou outro mobiliário ergonômico. O problema é o excesso nessa flexibilização, envolvendo uma precarização que, apesar de facilitar o acordo (afinal é senso comum que o infrator coletivo pretenderá

---

[203] SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*, 1ª ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 63.

atender ao interesse com o menor dispêndio possível), descaracteriza o bem jurídico tutelado.

Portanto, existe um elemento de profundidade, ou seja, de quanto pode ser transacionado. De nada adianta ser extremamente condescendente na flexibilização se disso advier a não-concretização efetiva do direito coletivo que se pretendia tutelar. E como vimos anteriormente, a solução ineficiente faz cair por terra qualquer tipo de acordo, que certamente será posto à prova em questionamento judicial – e com razão!

Assim, apesar de esta dissertação defender que a solução extrajudicial de conflitos é possível e que indisponibilidade não é sinônimo de intransigibilidade absoluta de todos os elementos que circundam um conflito coletivo, não há irrestrita extensão nem irrestrita profundidade para o legitimado coletivo transacionar. Mister o respeito aos elementos intransigíveis do conflito coletivo, bem como a observação qualitativa dos elementos transigíveis, para que não haja precarização da tutela coletiva.

Como bem anota GAVRONSKI, "os instrumentos extraprocessuais de que tratamos e a amplitude de ação que lhes emprestamos dão-lhes características de alternativas funcionais ao direito, vale dizer, técnicas que desempenham as mesmas funções do direito e trabalham com os mesmos códigos de lícito/ilícito, ao invés de configurarem uma espécie de pluralismo jurídico"[204], no sentido de que não se terá propriamente um novo ordenamento jurídico lateral ao propiciado pelo Estado, mas, sim, se atuará dentro dos limites impostos pelo ordenamento estatal legal, observando-se a possibilidade de criação nas lacunas e a necessidade de observância e concretização[205].

Também nesse sentido MANCUSO, ao anotar que "é de se presumir que a concessão que haja de ser feita pelo autor em face do(s) réu(s) haverá que ser compatível

---

[204] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 162.

[205] O mesmo autor cuida de dizer: "Enfim, valendo-se dos instrumentos previstos em lei, submetendo-os ao que ela prevê quanto aos direitos e interesses coletivos e observando a principiologia que informa a tutela coletiva brasileira, podem os legitimados concretizar e criar interesses e direitos coletivos por meio do consenso com aqueles que os deverão implementar e, assim, garantir efetividade da tutela coletiva, equacionando por meio das técnicas extraprocessuais controvérsias que de outro modo exigiriam o uso da via judicial". (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163).

com o salutar propósito de que o interesse metaindividual venha afinal ser resguardado"[206].

O debate vai além da limitação: se o núcleo duro do direito coletivo resguardado pelo ordenamento não pode ser transacionado, é importante que a solução coletiva construída seja expressa quanto ao que e até onde se está flexibilizando do interesse para possibilitar a solução amigável, tanto para que se evitem questionamentos de ordem equivocada quanto ao objeto concretizado, quanto para que se permita a correta execução da concretização. Como dito anteriormente, mostram-se inclusive como fatores de relevo a executabilidade do acordo e a defensabilidade do mesmo perante terceiros, principalmente perante o juiz.

Há ainda um aspecto tangível que precisa ser destacado: a solução extrajudicial poderá influenciar, de um outro modo, o exercício das pretensões de outros atores coletivos e, a depender, até mesmo de indivíduos (no caso de direitos individuais homogêneos). Essa externalização do objeto acordado é de suma importância para verificar se há ou não efeitos do acordo nas pretensões alheias e também para o controle por terceiros desses acordos.

Tudo isso em conta, é importante saber quais as matérias estão sendo acordadas (extensão) e até onde há acordo (profundidade) numa solução construída extrajudicialmente.

Imaginemos o seguinte exemplo: o Ministério Público firma solução extrajudicial para atendimento de crianças em creches na cidade de São Paulo/SP, ficando acertado que o governo municipal deverá abrir um número *x* de vagas num prazo *y* de tempo.

Nesse caso hipotético, certamente o prévio acordo pautado pelo Ministério Público, que teve como objeto a criação de vagas em determinado período de tempo, influencia o exercício da pretensão de outros atores coletivos quanto à criação de vagas

---

[206] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 247.

num interregno temporal. Mas não constou como objeto do acordado uma limitação do número de crianças para cada professor/cuidador. Seria possível, assim, que a Prefeitura buscasse atingir o combinado, porém lançando mão de distorção paulatina e exagerada da relação crianças-educadores, diminuindo-se consideravelmente a qualidade do serviço público com o passar do tempo, a despeito de cumprir o acordo com o Ministério Público no que tange ao número de vagas.

Numa situação tal qual essa, nada impediria que qualquer legitimado coletivo (inclusive o próprio Ministério Público), apercebendo-se dessa queda paulatina de qualidade do serviço público, exercesse pretensão complementar (judicialmente ou não) à primeira: que fosse mantida uma razão *r* entre crianças e educadores, além de ofertadas as vagas *x* no prazo *y*.

Isso porque esse elemento não foi objeto da transação anterior, não se tratando de mudança da solução já construída, mas de construção de novo aspecto. O bem tutelado, ao final, é o mesmo, sendo apenas negociados os aspectos correlatos de implementação.

Essa cautela em relação à extensão e profundidade do acordo inclusive tende a, senão eliminar, ao menos limitar novos questionamentos sobre questão anexas ao tema central do acordo. FISS expôs, com razão, grande preocupação quanto à inefetividade do acordo se o Judiciário precisa ser convocado a todo momento para fiscalizar a atuação da norma jurídica concreta em determinado caso[207]. Como a intenção do acordo é evitar a perpetuação do litígio e a judicialização imprópria, um acordo sem a cautela de delimitar bem o conteúdo de seus termos, sobre qual base fática se debruça e qual a sua extensão e profundidade em termos de resolução do problema, apenas muda o foco do litígio, que continua perene.

Da mesma forma, a única forma de haver o controle entre terceiros é que sejam externalizados os elementos do acordo, possibilitando a análise detida do mesmo para fins de legitimação social. Como bem anotou MANCUSO, a verificação de

---

[207] FISS, Owen M.. *Against Settlement* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 1215. The Yale Law Jornal, 93, pp. 1073-1090. *In*: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215, acessado e baixado em 15/11/2015, pp. 1082-1085.

conveniência e oportunidade do acordo oferecido por vezes poderá alcançar a análise do próprio conteúdo material do objeto da transação, a fim de se possibilitar a opinião sobre a idoneidade ou não da transação operada[208].

Portanto, é extremamente importante saber, em cada caso, qual a extensão (o que está sendo transacionado) e qual a profundidade (qual o limite dessa transação) do objeto da solução extrajudicial do conflito coletivo, e a exteriorização desses critérios deve na medida do possível ser efetuada pelos interlocutores da solução coletiva.

Vale destacar a suposta impossibilidade de se abordar a solução extrajudicial de conflitos de natureza coletiva no que tange às penas da improbidade administrativa. Quis o legislador retirar da transacionabilidade as ações de improbidade administrativa[209]. O que cabe inquirir: qual a extensão dessa proibição? A lei pretendeu afastar todas as punições e indenizações, só as indenizações ou só as punições?

Lida diretamente a Lei de Improbidade Administrativa, percebe-se que não há nenhum destaque à proibição de transação, o que levaria à conclusão de que é vedada a transação em qualquer conflito que envolva os temas tratados na lei. Assim, não seria possível transacionar nem sobre a reparação, nem sobre as penas. O Superior Tribunal de Justiça assim já se posicionou no REsp 1.217.554/SP:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE

---

[208] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 241.

[209] Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

~~§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.~~ (Revogado pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

> EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO.
>
> 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA).
>
> 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva. Precedente do STJ.
>
> 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido.
>
> 4. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013)

Pontuou Giuseppe GIAMUNDO NETO que a vedação possuía a *ratio* de que não caberia ao legitimado ativo da ação de improbidade escolher quais as sanções contidas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa seriam aplicáveis ao caso, "na medida em que aplicação das sanções seria reservada exclusivamente ao magistrado (*nulla poena sine judicio*)"[210].

Infelizmente, trata-se de interpretação restritiva que limita a utilização de instrumentos úteis à solução dos litígios. A Lei de Improbidade Administrativa foi uma vitória da sociedade brasileira e hoje está consolidada como um dos instrumentos mais utilizados pelo Ministério Público para a defesa dos interesses difusos da sociedade. Entretanto, é inegável a dificuldade do *Parquet* de conseguir a total reparação dos danos sofridos, até mesmo porque muitas vezes não é possível ao órgão ministerial obter todas as informações e, principalmente, identificar todos os potenciais réus, em suas investigações, pois muitos dos atos de improbidade vêm acompanhados de sofisticada rede de ocultação de bens e pessoas. O fomento da transação permitiria a participação construtiva de alguns réus permitindo a elucidação de todos os fatos e, também, a responsabilização de mais agentes, o que facilitaria a total reparação.

---

[210] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa*. Revista Consultor Jurídico, 12/02/2016.

Da forma como vigorava a leitura absolutista da vedação contida no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, não raro as lesões aos interesses difusos não eram nem integralmente identificadas (pois somente parte dos prejuízos ressurgiam das investigações), muito menos totalmente reparadas (pois, por vezes, o único agente público que se conseguiu identificar responsável nas investigações não tinha capacidade econômica para quitar todos os deveres obrigacionais impostos pelas sanções da referida Lei). A Lei, ao invés de auxiliar a tutela dos interesses da sociedade quanto à probidade dos agentes públicos, acabava por criar um empecilho para essa plena reparação, ao vedar em absoluto a transação.

Parece-me que a melhor interpretação do dispositivo é a que caminha para limitar apenas a solução extrajudicial no que tange ao *quantum* indenizatório, pois a lesão ao erário não poderia ser transacionada. Não haveria, porém, limitação transacional quanto a punições e multa. Isso porque não poderia o órgão abrir mão dos dinheiros surrupiados ou perdidos por atos de improbidade, já que a lesão ao patrimônio foi justamente a consequência direta dos atos, sendo impossível transacioná-la, sob pena de se permitir a não-reparação do dano. Outrossim, não há vedação à transação quanto a punição dos agentes, inclusive valores das multas, tendo em vista que a punição máxima é, se muito, interesse repressor do Estado (interesse público secundário) e não da coletividade, que apenas necessita incentivar o respeito à Lei (efeito que uma punição, mesmo a negociada, produz) e ser totalmente indenizada, nada mais. A ação de improbidade administrativa não tutela apenas interesses difusos[211].

---

[211] "Em conclusão: o PL n. 5.139/2009 reconheceu que a ação de improbidade administrativa não se caracteriza como uma ação coletiva. Com efeito, se, de fato, há fungibilidade entre os instrumentos, por que não houve a revogação da Lei de Improbidade? O motivo é claro: as peculiaridades da ação de improbidade não permitem o seu tratamento conjunto com as ações coletivas. Probidade não é direito difuso. Se fosse o instrumento para seu combate estaria previsto no PL n. 5.139/2009". (FERRARESI, Eurico. *Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 207-209, especificamente p. 223).

Nesse sentido, vale apontar que a Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/1995, por exemplo, já permite a transação em matéria penal menos gravosa[212]. Não há razão para não se permitir na matéria sancionatória em sede de improbidade administrativa. Como já apontou FERRARESI[213], a intenção da Lei de Improbidade Administrativa, à parte a questão da reparação, em muito se assemelha às leis penais, de modo que não há razão para se vedar a transação quanto à sanção se a lei penal assim também admite para crimes menos gravosos. Talvez a leitura atenta do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa demonstre o núcleo duro em termos sancionatórios que seria impossível transacionar, ao condicionar a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos apenas após sentença condenatória transitada em julgado.

Em sentido assemelhado, apesar de não idêntico ao que sustento, caminhou NEVES, ao apontar que não se permitiria "qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios"[214]. Em suma, foca-se nas punições do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, e não naquelas estritas do artigo 20, como faço. A argumentação jurídica, nesse aspecto, porém, se assemelha.

Com o advento da Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, o artigo 36, *caput* combinado com §4º, passou a prever a possibilidade de conciliação sobre matérias afetas a ações de improbidade, no que tange a conflitos entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, estabelecendo que qualquer conciliação sobre o tema deveria ser submetida ao crivo do órgão judicial competente

---

[212] Artigo 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).

[213] FERRARESI, Eurico. *Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 207-209, especificamente p. 222.

[214] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p, 427.

("juiz da causa"). Ou seja, deverá ser submetida a homologação. Sem pretender confundir o órgão público com a pessoa que exerce a função, parece-nos que no âmbito federal passou a ser permitida a transação mesmo em casos que envolvem ação de improbidade, do contrário não faria sentido impor a homologação pelo juiz da causa para prestar validade aos acordos.

Pela Medida Provisória 703/2015, assinada em 18 de dezembro de 2015, o governo federal buscou revogar expressamente o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, de modo a permitir amplamente acordos extrajudiciais no âmbito das ações de improbidade e até mesmo previamente. Tal conduta veio na esteira da *Operação Lava Jato* e do atingimento do núcleo político de alto escalão do país (à época, com citação do presidente do senado, do segundo colocado na disputa presidencial de 2014, com a citação de vários senadores, com a prisão do senador líder do governo no Senado, e também com menção ao vice-presidente da República naquele momento). A pressão popular fez com que o Congresso Nacional não viesse a referendar a norma, fazendo com que perdesse a vigência e "ressuscitasse" o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

Sem prejuízo, a mim me aparenta que, observados os parâmetros de legitimidade que trato nesta dissertação, e atentando-se à plena reparação dos danos causados aos interesses difusos, a Lei de Improbidade Administrativa não pode ser lida ao pé da letra quanto ao artigo 17, de modo a que se permita as transações em seu âmbito, limitadas às sanções punitivas aplicadas.

3.4 – LEGITIMIDADE DE AGIR EXTRAJUDICIALMENTE

Nosso direito processual coletivo optou por uma legitimação personalizada do ator coletivo *de lege ferenda*, diferentemente da opção norte-americana que optou por uma despersonalização do ator coletivo, no sentido de que não há alguém pré-definido que a própria lei já afirma deter a *adequacy representation*, que é assim verificada caso a caso pelo juiz.

Entendo que tal peculiaridade do sistema brasileiro de processo coletivo traz uma vantagem: já se sabe que determinados atores são representantes legítimos para atuar em nome da coletividade, não sendo necessário assim uma discussão processual judiciária para assim certificar. Isso mostra-se como uma ferramenta de aceleração para a solução extrajudicial de conflitos coletivos, pois não se discutirá, ao menos teoricamente, a legitimidade do ator coletivo, já que os requisitos da lei são bem claros e não geram uma necessariedade de crivo judiciário, evitando-se assim um dos possíveis elementos de judicialização do conflito. Eventuais discussões, assim, tendem a se debruçar apenas sobre a legitimidade e pertinência do acordo em si, e não sobre a legitimidade também do ator que o construiu.

O que aqui não se ignora, inclusive norteado pelas críticas que alguns processualistas tem em relação à cultura do acordo, é que cada espécie de ator a quem a lei brasileira conferiu a legitimidade possui suas próprias peculiaridades e, assim, possuem âmbito de atuação específicos, seja pela polivalência de suas funções institucionais, seja pela limitação de sua capacidade de obter apoio fático (financeiro, moral, comunicacional) à defesa dos interesses coletivos, seja por quaisquer outras limitantes de sua atuação.

Assim, convém estudar a possibilidade de atuação de cada um dos entes legitimados pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, a saber, (i) as associações, (ii) os entes públicos em geral, (iii) as agências reguladoras, (iv) a Defensoria Pública e (v) o Ministério Público. Cumpre esclarecer de antemão, contudo, que não se ignora que os entes *iii* a *v* retromencionados se enquadram no ente *ii*, porém por razões de especial potencialidade daqueles, convém separá-los deste, até mesmo porque em conflitos envolvendo a Administração Pública, muitas vezes atores que se enquadram no plano *ii* possuem interesses pessoais conflitantes com o dos demais órgãos.

3.4.1 – ASSOCIAÇÕES

As associações civis detêm legitimidade para atuar em juízo na defesa dos interesses coletivos, observada a sua finalidade institucional e a pertinência temática

quanto ao tema a ser solucionado. A atuação em juízo, por meio do processo jurisdicional, confere à associação a legitimidade para a solução de conflitos judiciais, sem maiores questionamentos em razão da previsão legal.

Há enorme controvérsia, porém, sobre a possibilidade de uma associação adotar meios extraprocessuais de solução de conflitos coletivos. De fato, a Lei de Ação Civil Pública não permite que as associações civis firmem termos de ajustamento de conduta na qualidade de defensores da coletividade (poderão, naturalmente, firmar na qualidade de defensora de seus próprios interesses, no lado "passivo" da controvérsia), já que o artigo 5º, §6º, da Lei 7.347/1985 estabeleceu que órgãos públicos são os legítimos a celebrar os compromissos. Trata-se de uma restrição à defesa dos interesses coletivos.

Por qual razão, então, o legislador não previu a hipótese de solução extrajudicial pelas associações civis? A questão é de difícil avaliação. Porém, me parece que a motivação decorreu da legitimidade que fora prevista na legislação. A fim de evitar acordos ultrajantes, que inclusive poderiam ser firmados em absoluta disparidade na comparação entre a associação e o violador do interesse coletivo, dado que a Lei da Ação Civil Pública exigiu apenas a regular constituição das associações, a pertinência temática e ao menos 1 (um) ano de existência, a Lei optou por não permitir a solução extrajudicial de conflitos coletivos por meio de celebração de compromisso de ajustamento de conduta tendo do lado "ativo" desta relação apenas a associação civil.

Parece-nos que a cautela é prudente, até mesmo para evitar colusões que dificultem a efetivação da tutela coletiva, como por exemplo associações criadas por pessoas conectadas com os violadores dos interesses coletivos, que passem a firmar com estes soluções extrajudiciais a fim de beneficiá-los, dificultando o acesso aos demais legitimados ou ainda aos próprios indivíduos (no caso de interesses individuais homogêneos). Mas isso deve ser observado à luz do contexto político e histórico quando da inclusão do §6º no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, o que se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Naquele período, a tutela coletiva ainda estava caminhando à maturidade, sendo quase embrionária no país, posto que o principal instrumento legal, a própria Lei da Ação Civil Pública, possuía 5 (cinco) anos de existência. Naquele momento nem

mesmo havia instituições privadas tão antigas e já consolidadas, como hoje vemos com o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC[215], com diversas associações consumeristas (tais quais as associações de vítimas de acidentes aéreos), dentre outras. Não havia ainda confiança nas instituições privadas para que se permitisse uma construção de tutela coletiva de forma não-supervisionada pelo Poder Público. Daí a se admitir a legitimação para a propositura da ação coletiva, mas não se admitir o compromisso de ajustamento de conduta. Em suma: a associação civil tinha legitimidade para encontrar uma pretensão adequada, e para submeter essa pretensão em juízo, mas somente a este último caberia chancelar (pela procedência do pedido) a adequação dessa pretensão bem como torná-la exigível.

No mesmo sentido, é de se levantar o seguinte questionamento: a vedação legal para que as associações civis celebrem compromissos de ajustamento de conduta na qualidade de defensoras da coletividade implica a absoluta impossibilidade de atuação extrajudicial por tais instituições? Estão proibidas de atuar extraprocessualmente as associações civis? Também nos parece que não.

Para melhor explicar esse posicionamento, cabe uma interrupção para confrontarmos com a situação específica dos sindicatos de trabalhadores.

Os sindicatos são associações civis específicas, voltadas à tutela dos direitos dos trabalhadores de sua categoria, possuindo ampla legitimidade para representar a categoria em juízo e fora dela, por meio das negociações coletivas. Aliás, um dos principais exemplos de ação coletiva passiva em nosso ordenamento são os litígios trabalhistas movidos em face do sindicato contra determinada conduta da categoria[216]. O artigo 8º da Constituição Federal concedeu constitucionalidade à atuação

---

[215] O IDEC foi fundado em 1987, ou seja, quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, que veio a alterar a Lei da Ação Civil Pública, o IDEC possuía apenas 3 (três) anos de existência. Hoje, caminha para seu 30º aniversário e, verdade seja dita, é mais velho até mesmo que este mestrando autor desta dissertação.

[216] ZUFELATO, Camilo. *Parecer* apresentado no processo 1001287-53.2015.8.26.0196. 18/02/2015, p. 23, afirma que "casos emblemáticos, que vão desde ações propostas em face sindicatos, até mesmo aquelas demandas em face das torcidas organizadas de futebol, passando por ações contra associação de produtores de bebidas, são todas espécies de ação coletivas passivas". Para maior aprofundamento, recomenda-se do mesmo autor, ZUFELATO, Camilo. *Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal*, no texto já citado GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo*

dos sindicatos, e previu ainda a unicidade sindical dentro de determinada base territorial[217]. Foi além, previu, apesar da liberdade de sindicalização[218], que os sindicatos detém a ampla legitimidade representativa mesmo daqueles não-sindicalizados. Por sua vez, o artigo 7º, XXVI, garante como direito constitucional dos trabalhadores o respeito às normas coletivas encetadas pelo seu sindicato.

Por se tratar de associação civil *sui generis*, e principalmente por ser fiscalizada pelo Ministério do Trabalho por intermédio das Delegacias Regionais do Trabalho, os sindicatos possuem a peculiaridade de representação extraprocessual dos interesses da categoria representada, sendo-lhe permitido encetar acordos coletivos que, conforme já mencionado, são vinculantes conforme previsto constitucionalmente. Assim, no que se infere à defesa dos interesses da categoria, os sindicatos podem tanto angariar benefícios quanto admitir obrigações em nome dos trabalhadores da categoria, desde que digam respeito a estes enquanto categoria, bem como nos limites da legislação trabalhista – tudo mediante negociação e, por vezes, com mediação pelo próprio Poder Judiciário (dissídios coletivos) ou mesmo por terceiros (Ministério do Trabalho, mediadores ou árbitros).

Apesar da previsão de negociação coletiva quando da data-base estipulada junto ao empregador, o que inclusive impulsiona uma nova rodada de negociações e verdadeiras transações, nada impede que os sindicatos atuem em questões específicas da categoria que não digam respeito à negociação coletiva tecida em momento próprio, geralmente anualmente ou bienalmente.

Aliás, o artigo 8º, III, da Constituição Federal, ao mencionar que o sindicato deve representar os interesses da categoria *inclusive* judicial e administrativamente, demonstra a possibilidade do sindicato representar a categoria

---

sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 89-142.

[217] Na contramão do que se verifica internacionalmente, conforme recomendado pela OIT em suas normas sobre liberdade sindical e pluralidade sindical.

[218] Apesar de haver somente um sindicato por base territorial, o trabalhador não é obrigado a se sindicalizar junto a tal instituição caso não o queira.

extrajudicialmente. Não há vedação para a atuação do sindicato extrajudicialmente, senão aquela decorrente dos princípios inerentes à representatividade e à adequação.

Nesse mesmo sentido, aliás, a Lei de Greve, Lei 7.783/1989, em seu artigo 3º, permite a tentativa de negociação ou "recursos via arbitral", o que corrobora a tese de que solução extrajudicial de conflitos coletivos é permitida. No mesmo sentido, o artigo 7º, *caput*, da mesma Lei, quando aponta a possibilidade do "laudo arbitral" dirimir as relações obrigacionais durante o período de suspensão do contrato de trabalho decorrente da greve.

Observados os limites legais, quanto ao conteúdo e abrangência da norma coletiva, a negociação é ampla para a geração de direitos e encaixe das pretensões. Como anotou COIMBRA: "Uma vez observados esses requisitos, a norma coletiva resultante tem coercitividade como qualquer outra, podendo, inclusive ser objeto de demanda judicial"[219].

Infelizmente, não há na negociação coletiva, porém, a possibilidade de execução como título executivo extrajudicial. Isso porque, além de a lei não conferir ao instrumento coletivo o caráter de título executivo, de fato o mesmo carece de normatividade concreta em muitos casos, sendo em verdade normas abstratas decorrentes de autonomia da vontade. A solução seria a propositura da ação de cumprimento (na forma combinada do artigo 872 da Consolidação das Leis Trabalhistas com a Súmula 286 do Tribunal Superior do Trabalho[220]), que apesar do nome, detém natureza cognitiva e não apenas executória[221].

---

[219] COIMBRA, Rodrigo. *Direitos transindividuais trabalhistas: jurisdição trabalhista coletiva e direito objetivo. In* http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1001-direitos-transindividuais-trabalhistas-jurisdicao-trabalhista-coletiva-e-direito-objetivo, acessado e baixado em 30/07/2012 e rebaixado em 22/12/2016.

[220] Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 872 - Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único - Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga

Essa ausência de executoriedade, porém, não desmerece a utilização da negociação coletiva e a inserção de cláusulas concretas que solucionem questões coletivas específicas. Apesar de ser extremamente vantajosa, a executoriedade não é requisito para a solução extrajudicial de conflitos, nem individuais, nem coletivos. Ainda assim a entabulação prévia da solução facilita tanto a posição do juiz, quanto a previsibilidade das partes. A questão é apenas de dar validade ao pacto, na etapa de conhecimento, e executá-lo, na etapa de cumprimento de sentença.

Exemplo de solução extrajudicial de conflitos coletivos se deu com as normas coletivas bancárias que, mediante a negociação coletiva, consolidaram a obrigação dos bancos de fornecer álcool gel a seus empregados para higienização das mãos, quando do surto de gripe suína em São Paulo, no ano de 2009, conforme orientação da FEBRABAN[222]. Quase todas as normas coletivas bancárias também preveem indenizações para casos de morte ou invalidez de empregado decorrente de assalto nas unidades bancárias. Outro exemplo, ainda na esfera bancária, envolveu a situação dos caixas de retaguarda de ponto de venda (Caixa RETPV) e dos caixas de atendimento de ponto de venda (Caixa PV), que precisavam de melhores condições de trabalho e isonomia, impulsionando o compromisso celebrado, exemplificativamente, na Cláusula 49 do acordo coletivo de trabalho celebrado pela Confederação Nacional dos

---

de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, [...].

Súmula nº 286 do TST

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos.

[221] Apesar de não haver um consenso doutrinário quanto a essa afirmação, esta é minha posição. Para estudo aprofundado da divergência, recomenda-se LOBATO, Márcia Regina. *Ação de cumprimento*. R. Fórum Trabalhista – RFT | Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jan./fev. 2014, pp. 41-44.

[222] Comunicado FB 112/2009.

Trabalhadores em Empresas de Crédito (CONTEC) e a Caixa Econômica Federal (CEF) para o biênio 2008/2009[223].

Outrossim, como a lei brasileira é flexível quanto ao que considera título executivo extrajudicial, não me parece difícil que um acordo coletivo encetado por sindicato e empregador seja instrumentalizado nos moldes do artigo 784 do Novo Código de Processo Civil[224] a fim de conferir validade a uma norma coletiva concreta a fim de solucionar uma questão coletiva, paralela aos acordos e convenções que busquem a simples melhora das condições econômicas dos empregados. Vale mencionar o que disse LOBATO[225]:

> Verifica-se que, na prática trabalhista, os comandos constantes nos instrumentos normativos, quando inadimplidos, não são exequíveis diretamente, pois dependem de sentença a ser proferida em ação própria, com o propósito de concretizar os direitos delas emergentes.
>
> [...]
>
> Em vista disso, ante a ausência de outro meio processual executório com essa finalidade, utilizar-se-ia então da Ação de Cumprimento tão somente para averiguação da transgressão, por parte do empregador, do já determinado nesses instrumentos, executando-se diretamente, com prontidão, buscando-se o alcance da efetividade dos direitos laborais aí previstos.
>
> Desse modo, não seria utópico considerar a possibilidade de esses instrumentos normativos também serem reconhecidos pela legislação laboral como títulos executivos judiciais (sentença normativa e acordo homologado judicialmente) e extrajudiciais (CCT e ACT), tais como os já elencados no artigo 876, CLT.

---

[223] Cláusula 49 – Caixas de RETPV. Todos os empregados ocupantes de cargo em comissão de Caixa de RETPV serão transferidos para o PV e designados no cargo em comissão de Caixa PV ao longo da implantação do projeto de unificação das baterias de caixas do PV e RETPV, que resultará na criação de bateria única em cada Ponto de Venda.

Parágrafo único. Na primeira etapa o projeto prevê a implantação em 400 agências em todo o país.

[224] A norma permite a executoriedade, por exemplo, de instrumentos que contenham assinatura do réu e mais duas testemunhas, ou ainda o documento assinado pelas partes e por seus advogados específicos que envolvam a transação e/ou o reconhecimento de uma pretensão.

[225] LOBATO, Márcia Regina. *Ação de cumprimento*. R. Fórum Trabalhista – RFT | Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jan./fev. 2014, p. 43.

Esse entendimento é aqui encampado, pois não há óbice à atribuição de executoriedade a esses instrumentos, se houver o preenchimento dos demais requisitos legais (formação, certeza, liquidez e exigibilidade).

Pois bem. É possível concluir então que os sindicatos, apesar de não serem órgãos públicos e portanto não poderem celebrar compromissos de ajustamento de conduta (expressão da lei) por meios de termos de ajustamento de conduta (outra expressão legal), firmam normas de natureza coletiva, a fim de sanar conflitos pertinentes à categoria representada, há muitos e muitos anos no país. As normas não se limitam apenas a uma melhora econômica dos contratos de trabalhos dos empregados, mas também a questões relacionadas à saúde do ambiente de trabalho, à proteção do emprego, e a muitas outras que envolvem toda a coletividade laboral. Carecem apenas de executoriedade nas soluções extrajudiciais de conflitos coletivos, em especial pela ausência de concretude da norma ou ainda dos requisitos para a formação do título executivo, menos por qualquer óbice jurídico ou legal que impeça essa executoriedade.

E após obtida essa executoriedade (como por exemplo por sentença homologatória)[226], qual seria verdadeiramente a diferença prática entre um "acordo coletivo executivo" celebrado pelo sindicato e empregador e um compromisso de ajustamento de conduta celebrado, até para melhor demonstrar o raciocínio, pelo Ministério Público do Trabalho e empregador? Parece-me que nenhuma, senão a denominação utilizada.

Até mesmo o trabalhador individual, por reclamação trabalhista própria, poderia exigir para si o cumprimento do quanto encetado extraprocessualmente pelos sindicatos e seu empregador. Não haveria, assim, nem mesmo como distinguir a extensão de aproveitamento da solução, pois ambas seriam exigíveis tanto no âmbito coletivo como individualmente por quem se reputasse no direito, observado logicamente o pertencimento (e no caso coletivo, o que se chama de pertinência temática) à categoria.

---

[226] Nesse sentido, o enunciado 35 da JORNADA "PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS" do CJF: 35 Os pedidos de homologação de acordos extrajudiciais deverão ser feitos no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, onde houver.

Voltando a ampliar novamente o debate para as associações em geral: a vedação de celebração de compromissos de ajustamento de conduta não significa vedação à atuação extraprocessual de instituições privadas. Se sindicatos já o fazem há décadas, não é possível afirmar que há uma proibição para os mesmos; nem mesmo seria possível distingui-los das demais associações civis nessa seara de atuação extraprocessual coletiva apenas em razão da condição especialíssima conferida pelo artigo 8º da Constituição Federal, pois não há fator de discriminação suficiente para tanto.

Portanto, são legítimas as investidas extraprocessuais das associações civis em geral, residindo a dificuldade, porém, na extensão da exigibilidade da solução angariada por meio de conduta de terceiros, diga-se, pelo exercício da pretensão por outros legitimados coletivos que não a associação acordante, ou ainda pelos próprios indivíduos. O ideal seria, assim, a expressão previsão, no instrumento a ser celebrado, no sentido de quem seriam os legitimados a exigir o cumprimento das cláusulas avençadas. No silêncio, porém, parece-me que a resposta seria restritiva em relação aos direitos individuais homogêneos: apenas a associação e seus associados poderiam exigir o cumprimento, por somente os mesmos terem a pertinência ao grupo em que desenvolvida a negociação. Do contrário haveria violação aos direitos dos réus, que poderiam ser surpreendidos por um grupo muito maior do que o previsto ou, ainda, por pessoas que sequer possuiriam pertinência com o objetivo do acordo. Já em relação aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a exigibilidade seria ampla a todos os legitimados com pertinência temática, ante a natureza dos interesses tutelados, valendo mencionar que o artigo 107, §2º, do Código de Defesa do Consumidor é aplicável, nesses casos, apenas às associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica e não aos legitimados coletivos.

Mais uma vez fica reforçado neste estudo: a instrumentalização e a minuciosa redação do acordo, de modo a não deixar tais lacunas, é absolutamente importante para a efetividade da construção extraprocessual da solução.

A executoriedade, porém, não advém de força legal do instrumento e, se não for pactuada especificamente, imporá um processo de conhecimento o qual a solução extraprocessual coletiva instrumentalizada deverá instruir, a fim de se conseguir a sentença que lhe imponha com força executória. Isso porque prevalece a previsão de que

os compromissos de ajustamento de conduta, que firmados em termos de ajustamento de conduta deterão a executoriedade, é cabível apenas por órgãos públicos.

É possível afirmar que o contexto do advento da Lei da Ação Civil Pública em 1985 e a sua alteração por força do Código de Defesa do Consumidor talvez impusesse a previsão legal que veda a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, e talvez tenha mesmo sido solução adequada na época. Atualmente, porém, é de se repensar se a vedação legal é ainda pertinente. Nesse sentido, discordo de GAVRONSKI, com todo o respeito, quando este entende que não caberia a legitimidade das associações civis em geral de celebrar compromissos de ajustamento de conduta. Apesar de ter razão ao reputar a exigência de maior cautela para as associações firmarem esse compromisso com o causador do dano coletivo[227], a meu ver não andou bem o autor ao defender a exclusividade aos órgãos públicos que, "justamente em razão de sua natureza pública, possuam maior comprometimento com a lei, estando acostumados em suas atividades ordinárias, a lhe assegurar fiel cumprimento"[228]. Tal afirmação, com todo o respeito, parece ser até mesmo contraditória, pois o próprio autor em inúmeras passagens de sua obra reconhece que, em verdade, os órgãos públicos são os maiores violadores da lei no país. Os relatórios do *Justiça em Números* do CNJ, ano a ano, comprovam que o Poder Público é o maior réu do país. Aduzir que os compromissos de

---

[227] Em sentido contrário, SILVA, Homero Batista Mateus da. *Convenção Coletiva de Consumo: Uma abordagem sobre sua natureza jurídica e as dificuldades da implementação do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor*. *In*: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24656-24658-1-PB.pdf, acessado e baixado em 10/12/2016, p. 4, para quem "No pólo dos consumidores, não parece haver uma ligação direta entre o artigo 107 e o artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que exige da entidade civil pelo menos um ano de existência para o ajuizamento de uma demanda judicial. Há pelo menos três motivos para se afirmar que a entidade civil mencionada no artigo 107 não precise necessariamente contar mais de um ano de existência. Em primeiro lugar, o próprio artigo 82, IV, afirma que a legitimação concorrente ali estabelecida entre Ministério Público, entes públicos e associações com um ano de existência somente se aplica "para os fins da defesa coletiva a ser exercida em Juízo". Em segundo lugar, prevê o artigo 82, par. 1 o , a possibilidade de ser dispensada a pré-constituição da associação em casos de relevância extrema do dano ou do bem jurídico objeto da demanda, o que denota a não indispensabilidade dos doze meses de vida. Em terceiro lugar, a Convenção Coletiva de Consumo deve ser estimulada como um caminho moderno e eficaz de gerenciamento das relações de consumo, não fazendo sentido que o intérprete, salvo interesses escusos, crie obstáculos onde o legislador não criou e oponha resistência a uma composição autônoma e saudável para os consumidores e os fornecedores, simultaneamente".

[228] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 387.

ajustamento de conduta devam ser de legitimidade exclusiva a órgãos públicos porque estes seriam acostumados a cumprir a lei é estar, com todo o respeito, desparelhado à realidade do sistema de justiça brasileiro.

Não suscito, aqui, a ampla e irrestrita possibilidade de as associações civis legítimas a proporem ações coletivas firmarem também soluções extrajudiciais, afinal como já mencionei anteriormente, a cautela legal foi e ainda é importante. Porém, contamos em nossa sociedade civil hodierna com inúmeras associações civis respeitadíssimas, de longa história e grande participação social, como as já mencionadas no parágrafo acima Talvez, *lege ferenda*, fosse o caso de permitir que associações com pelo menos 10 (dez) anos de previsão em seus estatutos para a defesa de determinado interesse coletivo[229], pudessem celebrar individualmente os compromissos de ajustamento de conduta (ou qualquer outra alcunha, pouco importando o *nomen iuris* no caso, mas a executoriedade do título) com os pretensos violadores dos direitos coletivos, pelo menos em relação a seus associados, ou seja, pudessem firmar acordos coletivos com força *ex lege* de título executivo extrajudicial. Como anotou MANCUSO[230]:

> Na verdade, o processo de conscientização da coletividade pelo exercício da cidadania é mesmo *lento e gradual*, de sorte que impende *dar tempo ao tempo*, até que os cidadãos, isoladamente ou em grupo, estejam imbuídos de que podem e mesmo devem participar da gestão da coisa pública *também* mediante a condução, à Justiça, dos conflitos metaindividuais [...].

Essa tese, fica assim reforçada, ao se reconhecer que muitas associações de longa data já se conscientizaram desse seu dever cidadão.

Tal constatação ganha ainda mais força com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal[231] (e já referendado pelo Superior Tribunal de Justiça[232]) que,

---

[229] O que difere de 10 (dez) anos de criação da instituição, afinal isso abriria portas para que instituições já existentes e com outras finalidades apenas alterassem seus estatutos, o que daria margem novamente à burla do interesse coletivo.

[230] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

[231] REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas

apesar de com o devido respeito não contar com nossa simpatia, exige a autorização individual dos associados para o ajuizamento de ação coletiva por reputar que o artigo 5º, XXI, da Constituição Federal exigiu que a atuação se desse por representação, não legitimando a substituição processual. Se se exige a autorização para o ajuizamento da ação, estes mesmos associados também poderiam autorizar a celebração de acordos extrajudiciais com força executória. Idealmente, poderiam inclusive autorizar a tentativa de solução extrajudicial e, apenas no fracasso desta, permitir o ajuizamento da ação coletiva. Isso ampliaria a quantidade de recursos existentes para a solução adequada do conflito.

Sem prejuízo, é importante observar que uma solução construída pelas próprias partes, ainda que não detenha força, pode muitas vezes ser mais efetiva do que a judicialização do problema. Sendo autores da sua construção, as partes mantêm com a

---

subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. (RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

[232] PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. EXTENSÃO DA DECISÃO, PROLATADA EM AÇÃO COLETIVA, AOS PARTICIPANTES E/OU ASSISTIDOS QUE NÃO SÃO FILIADOS À ASSOCIAÇÃO, AO FUNDAMENTO DE ISONOMIA. DESCABIMENTO. RELAÇÃO CONTRATUAL [...] À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXI, DA CF, CONFERIDA PELO PLENÁRIO DO STF, EM DECISÃO COM REPERCUSSÃO GERAL, NÃO CARACTERIZA - À EXCEÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - A ATUAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO COMO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, MAS COMO REPRESENTAÇÃO, EM QUE É DEFENDIDO O DIREITO DE OUTREM (DOS ASSOCIADOS), NÃO EM NOME PRÓPRIO DA ENTIDADE. [...] 4. Ademais, não se desconhece que prevalece na jurisprudência do STJ o entendimento de que, indistintamente, os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, por isso, caso a sentença coletiva não tenha uma delimitação expressa dos seus limites subjetivos, a coisa julgada advinda da ação coletiva deve alcançar todas as pessoas da categoria, legitimando-as para a propositura individual da execução de sentença. 5. No entanto, não pode ser ignorado que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, sob o regime do artigo 543-B do CPC, o Plenário do STF proferiu decisão, com repercussão geral, perfilhando entendimento acerca da exegese do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, em que fez distinção entre a representação, conferida pelo mencionado dispositivo às associações, da substituição processual dos sindicatos. 6. Com efeito, à luz da interpretação do art. 5º, XXI, da CF, conferida por seu intérprete Maior, não caracterizando a atuação de associação como substituição processual - à exceção do mandado de segurança coletivo -, mas como representação, em que é defendido o direito de outrem (dos associados), não em nome próprio da entidade, não há como reconhecer a possibilidade de execução da sentença coletiva por membro da coletividade do plano de benefícios de previdência privada que nem sequer foi filiado à associação autora da ação coletiva. 7. Recurso especial provido. (REsp 1374678/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015)

solução construída duas relações: de apreço, na relação entre o autor e sua obra, e de aceitação, no sentido de que não foi um terceiro que quis dizer o que fazer[233]. Isso propicia uma grande possibilidade de adimplemento espontâneo a despeito de não haver a executoriedade, tornando eficaz a solução mesmo que o mecanismo não possua uma conceituação em lei nem os benefícios dessa legislação.

Mencione-se, em tempo, a existência de inúmeras associações com enorme atuação no interesse de seus associados, inclusive associações de categorias laborais que, lateralmente ao sindicato, promovem a defesa de interesses até melhor do que pela atuação sindical. Nesse sentido, é possível mencionar a defesa dos interesses pelas associações de magistrados (AMB, ANAMATRA, AJUFE, dentre outras), pelas associações de advogados (AASP, IASP, dentre outras), de procuradores da república (ANPR, dentre outras), de membros do ministério público (CONAMP, dentre outras), de servidores federais da administração direta e indireta (ASMPF, APCEF, ANFIP, dentre outras). Tratam-se de instituições sólidas e que poderiam dispor de mais ferramentas para solucionar os problemas dentro de sua pertinência temática.

Portanto, em conclusão, é possível confirmar a legitimidade para a construção de solução extrajudicial coletiva das associações civis em geral, sendo porém que as soluções carecerão, salvo disposição expressa e específica no instrumento resultante do sucesso das tratativas, de executoriedade, pois não possuem autorização para a celebração de ajustes de compromisso de conduta. Apenas com uma alteração legal, que talvez já seja o caso de ser debatida pelo Legislativo, essa executoriedade poderia ser conferida como se faz para os órgãos públicos de que trata o §6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

---

[233] Nesse sentido, anota bem OSTIA, quando afirma que a autoria da solução construída "dá origem a dois efeitos complementares. O primeiro, estabelece uma natural e positiva relação psicológica entre autor e sua obra, no caso, entre as partes e a solução. O segundo, por seu turno, afasta a carga subjetiva negativa que uma decisão imposta por um terceiro possa vir a ter, ou seja, afasta o natural inconformismo humano que se apresenta principalmente frente a ordens divergentes aos interesses coletivos" (OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. São Paulo, 2014, Tese de mestrado na FDUSP, p. 70.

3.4.2 – ENTES PÚBLICOS EM GERAL

Inúmeras entidades públicas podem celebrar acordos para a solução extrajudicial de seus conflitos coletivos.

A Lei da Ação Civil Pública prevê a ampla legitimidade dos órgãos públicos para firmar Termo de Ajuste de Conduta, na forma do artigo 5º, §6º, que aponta a legitimidade destes para tomar "dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

A Lei da Ação Civil Pública não tem nenhuma ressalva quanto a órgãos públicos firmarem o compromisso de ajuste de conduta por meio do termo correspondente. Mesmo assim, MAZZILLI trouxe discussão doutrinária sobre se seria mesmo ampla essa legitimidade a todo e qualquer órgão público, ou se a *mens legis* aponta apenas alguns poderiam adotar o mecanismo. O processualista conclui que os órgãos da administração direta, além das fundações públicas e autarquias voltadas a prestar serviços de interesse público, devem poder celebrar os compromissos de ajustamento. Outro lado, reputa que empresas estatais e sociedades de economia mista não poderiam celebrar os compromissos, porque não seriam adequadas em razão de não conseguirem buscar só a defesa do interesse público primário, salvo no caso das estatais enquanto na condição de prestadores de serviço público (a exemplo da Caixa Econômica Federal enquanto administradora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, por exemplo)[234].

Em sentido contrário, anotou RODRIGUES, para quem as empresas públicas e as sociedades de economia mista, por força constitucional, possuem o mesmo

[234] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 400-403.

tratamento das empresas privadas, reputando assim que não lhes caberia também firmar compromissos[235].

Entendo que há duas ressalvas a se fazer no caso. Primeiramente, as empresas estatais e as sociedades de economia mista podem, sim, fazer acordos extrajudiciais, pois o simples fato de fazerem parte da Administração Pública não lhes impede a transação, desde que respeitados os interesses públicos envolvidos. Outrossim, não há de se confundir a possibilidade de fazer acordos extrajudiciais com a possibilidade de firmar o compromisso de ajustamento de conduta com interessados (na condição "ativa", por assim dizer, do compromisso).

Dessa forma, me parece que melhor caminhou MAZZILLI em seu entendimento, porém cabe o seguinte ajuste a meu ver: o ponto é de pertinência temática na defesa de interesses coletivos, e não de vedação legal à celebração do acordo pelas empresas públicas e sociedades de economia mista (como reputou Geisa RODRIGUES) nem de limitação somente enquanto prestadoras de serviços públicos (como reputou Hugo MAZZILLI). Portanto, para retomar o exemplo anterior, como a Caixa Econômica Federal não tem dentre suas finalidades institucionais a proteção ambiental, não é cabível a esta pretender formalizar termo de ajustamento de conduta sobre o assunto; entretanto, em sendo gestora do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, pode celebrar termos de ajustamento de conduta a fim de resguardar tanto seus interesses no fundo (financiamento habitacional, geração de proventos, dentre outros) quanto os interesses coletivos envolvidos com o fundo (equilíbrio atuarial, regularização das contribuições vertidas, remuneração dos depósitos, dentre outros).

Ressalto que os termos de ajustamento de conduta são a instrumentalização dos compromissos de ajustamento de conduta tomados entre os envolvidos, o quais nada mais são do que a nomenclatura que se habituou aplicar aqui no Brasil para a solução extrajudicial de conflitos envolvendo entes públicos no lado "ativo" do acordo (sem ignorar que podem estar também no lado "passivo", como compromissados a ajustar sua conduta perante outro órgão público). A tese de que porque

---

[235] RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 161-162.

não se poderia renunciar ao interesse coletivo ou público, não seria possível chamar o compromisso de verdadeiro acordo não subsiste, como já demonstrado no tópico anterior[236].

Portanto, havendo a pertinência temática daquilo que se pretende proteger pela celebração do compromisso de ajustamento de conduta, todos os órgãos públicos podem celebrá-lo. A dificuldade estaria, assim, não em uma proibição, mas em verificar essa pertinência temática para resguardar a atuação do órgão público. Proibição legal, não há.

Sem prejuízo, nada impede que todos os órgãos públicos celebrem soluções extrajudiciais. A diferença, no caso, é a condição de título executivo extrajudicial desses acordos, que não decorreria da lei diretamente (já que não enquadrados como tais na Lei de Ação Civil Pública). A solução, no caso, seria cabível e careceria portanto apenas da executoriedade, o que poderia ser obtido pela homologação judicial do acordo ou outros meios legais que atribuam essa qualificação aos acordos. Nesse sentido, vale mencionar o Enunciado 64 da JORNADA "PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS" do Conselho da Justiça Federal – CJF:

> 64 Os dirigentes máximos de entes estatais que exploram atividade econômica podem delegar à sua área jurídica a capacidade de intervir na resolução de litígios extrajudiciais provocados por clientes, em virtude de falhas ocorridas na realização de negócios, emitindo manifestação de caráter mandatório às demais áreas da instituição com a finalidade de indenizar (patrimonial e/ou extrapatrimonialmente) ou solicitar providências que reparem o dano causado aos clientes, de acordo com a legislação e jurisprudência pertinentes.

---

[236] No mesmo sentido, especificamente, GAVRONSKI afirma que "'Ajustamento', semanticamente, não é apenas o 'ato ou efeito de ajuste(-se), conformar-se', no caso à lei, como também sinônimo de 'acordo, trato, combinação, convenção, pacto; reconciliação entre pessoas desavindas; acomodamento, concórdia" e ainda que "o compromisso de ajustamento de conduta é um acordo em conformidade com a lei que dispõe sobre condutas, atividades ou regulamentos. É uma solução negociada que se destina a assegurar efetividade aos direitos e interesses coletivos, um negócio jurídico que se pauta na lei, nela encontrando seu parâmetro, e que possui eficácia de título executo extrajudicial". (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 379-380).

Outros nomes recebem soluções extrajudiciais adotadas por determinados órgãos públicos específicos.

Os acordos de leniência que vêm sendo firmados no âmbito federal dão monta da importância de sua atuação, atendendo a diversos interesses. Mencionamos os casos de acordos firmados pelas empresas envolvidas na Operação *Lava Jato*.

A lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, vem sendo amplamente utilizada pelo Ministério Público Federal e por outros órgãos da Administração Pública, para dar vazão aos diversos interesses difusos e coletivos que envolvem a responsabilização das empresas acusadas de corrupção parlamentar, de forma direta ou por meio de empresas públicas, em especial a Petrobrás S/A e suas subsidiárias.

Dispõe os artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção que o ente público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos indicados naquela lei ou ainda na Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), visando a identificação de outros envolvidos nas infrações e, cumulativamente, a obtenção célere de documentos e informações que comprovem o ilícito apurado. A empresa leniente deve ser a primeira a se manifestar em relação a determinado ilícito (havendo concurso de agentes ou qualquer figura congênere, somente a primeira pode ser beneficiada), cessando sua atividade ilícita, admitindo a sua participação no ocorrido, cooperando plenamente para os esclarecimentos necessários e para a solução do problema. Nessas condições a fixação do acordo de leniência reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável conforme previsão legal, sem eximir da reparação integral do dano causado, prevendo porém a estipulação de condições que assegurem tanto a efetividade da própria colaboração quanto o resultado útil pretendido.

Segundo Ricardo Franco BOTELHO, Luiza Andrade MACHADO e Fabiana Mesquita BACCHI, "o acordo de leniência é hoje um dos mecanismos mais valiosos para a detecção, persecução e condenação de práticas anticompetitivas. Notadamente cartéis nacionais e internacionais"[237]. Em suma: o acordo ao final facilita a

---

[237] BOTELHO, Ricardo Franco *et al*. *As principais características e desafios do acordo de leniência na Lei Anticorrupção*. *In*: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha (org.). *Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, pp. 67-82, 2015, especificamente p. 68.

atuação institucional do órgão fiscalizador, culminando ao final com a efetiva tutela do direito difuso à livre concorrência e à boa-fé nas relações negociais.

Como se vê, a Lei Anticorrupção adotou a exata medida da solução extrajudicial de conflitos coletivos: permite a flexibilização quanto a punições, quanto a prazos, quanto a métodos de implementação das correções, sem olvidar da necessidade de reparar o bem coletivo totalmente.

O artigo 9º da mesma Lei permite à Controladoria-Geral da União avocar processos para fins de responsabilização da pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção tratados pela Lei, concedendo-lhe ainda a competência concorrente com o órgão administrativo responsável, dando também competência para firmar acordos de leniência no artigo 16, §10.

O acordo de leniência nada mais é do que uma solução extrajudicial de conflitos de ordem coletiva, envolvendo atuação da Administração Pública. Ao contrário do que uma leitura apressada pode indicar, os únicos bens defendidos não são os interesses públicos secundários, pois houve grande preocupação naquele momento de edição da lei de se cuidar de outros interesses por meio da possibilidade expressa da leniência, tais quais o de manutenção da empresa (que é também social, por ser o desenvolvimento econômico um bem coletivo), o da efetiva punição dos envolvidos, o do resultado útil dos processos administrativos, dentre outros. Trata-se, assim, de instrumento polivalente, que não se foca apenas no âmbito da atuação administrativa, mas também em espraiar seus efeitos na tutela de outros bens. Nesse sentido, inclusive, a previsão do artigo 20 da Lei, impondo o seguimento da Lei da Ação Civil Pública no processo de responsabilização judicial, deixando inquestionável a intenção de resguardar a coletividade e não só a Administração Pública e as empresas envolvidas.

Tomando mais uma vez o exemplo da *Lava Jato*, foi possível verificar que a persecução judicial de empresas como Odebrecht, OAS, Camargo Corrêa, dentre grandes outras empresas nacionais, traria grandes problemas estruturais à própria economia brasileira, inclusive porque a Petrobrás foi envolvida no escândalo. Se essas empresas fossem impedidas de contratar com Poder Público pela declaração de inidoneidade, inúmeras obras públicas não teriam condições de ser desenvolvidas, ou

teriam seu desenvolvimento muito dificultado, por impossibilidade técnica e/ou financeira dos demais concorrentes, muito menores que os envolvidos. *Pari passu*, o financiamento a essas empresas ficaria mais dificultado do que já está[238], gerando uma inadimplência em cascata pela ausência de cumprimento de suas obrigações. Tal situação poderia gerar uma crise sistêmica, acarretando a redução de gastos por meio de dispensa de funcionários e renegociação de dívidas, gerando desemprego e aumento de juros.

Vale mencionar ainda que se tratam de questões operacionalizadas em âmbito internacional, com a utilização de estruturas financeiras da Suíça, dos Estados Unidos e do Brasil, além de outras ainda não expostas ao grande público, bem como envolveu atos corruptivos não só em território brasileiro, mas também em outras nações. Uma solução judicial demandaria processamento em cada uma das localidades, possivelmente ocasionando *bis in idem* punitivo em determinadas situações, e muitas vezes tornando inexequível à empresa o conjunto das decisões proferidas isoladamente por cada país, o que em última instância significa o não-atendimento do interesse coletivo no seu plano material. A solução adotada[239], de grande magnitude, envolveu, até onde se sabe, entidades da Suíça, dos Estados Unidos e do Brasil a fim de encetar uma solução extrajudicial ao conflito de modo a que todos pudessem ser compensados celeremente e devidamente.

Tudo isso foi, senão evitado, certamente mitigado pela adoção de acordos de leniência a fim de viabilizar a continuidade da empresa, garantindo-se assim a higidez do sistema econômico nas variadas áreas de atuação dessas empresas, bem como o emprego de milhares de funcionários das mesmas, e a própria concorrência de obras públicas.

Sem prejuízo, não é possível aduzir que houve mitigação dos interesses públicos por tais acordos, muito menos questionar a legitimidade dos mesmos. A Controladoria-Geral da União recebeu autorização legal que tornou inconteste a sua legitimidade para firmar tais acordos, mediante negociação e procedimento

---

[238] É fato notório que a OAS pediu uma das maiores recuperações judiciais da história do Brasil.

[239] Ainda pende, a princípio, de homologação pelo Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, por implicar investigados com prerrogativa de foro naquela instância.

administrativo prévio. Os acordos estão sendo realizados sob sigilo[240], mas expostos assim que possível à grande imprensa para escrutínio. Os valores das multas são altos[241] e ainda fica a obrigação de reparação dos danos apurados pela investigação administrativa. Tudo isso sem a necessidade de discutir judicialmente o caso, submetendo-se a uma sentença imprevisível e que, ainda que condene os envolvidos, dificilmente atingirá montante maior do que aqueles obtidos pela via amistosa[242].

Quanto ao sigilo, cumpre reconhecer a sua validade específica para esses casos da Lei Anticorrupção. Como existe um interesse de apurar infrações de outros envolvidos, não há como se permitir a ampla publicidade sem que isso pudesse acarretar gravíssimo prejuízo à obtenção de um resultado útil à investigação, já que a ciência dos demais participantes da corrupção permitiria a adoção de medidas autoprotetivas que dificultariam a aferição dos demais responsáveis. O ideal, porém, é sempre permitir a publicidade de todos os acordos que envolvam bens de ordem coletiva. Mas a lei cuidou de limitar a extinção de punibilidade das empresas, em caso de leniência, a apenas duas hipóteses: à proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos e à publicação extraordinária da decisão[243], além de reduzir em até 2/3 a multa aplicável. Todas as demais penalidades, e especialmente a reparação integral do dano, poderão ser exigidas dos demais legitimados, inclusive judicialmente.

---

[240] Apesar dos vazamentos recorrentes e muito criticáveis que envolvem toda a operação, há previsão legal de sigilo – artigo 9º da Lei Anticorrupção.

[241] Notícias dão conta de que a Braskem, braço petroquímico do Grupo Norberto Odebrecht, firmou acordo no montante de R$ 3,1 bilhões, além da reparação dos danos e da ajuda a apurar os fatos.

[242] Não há notícia de sentença judicial em montantes tão altos quanto os valores dos acordos. Estima-se que a leniência obtida junto à Odebrecht em sua parte central girará em torno de R$ 7 bilhões, incluindo os R$ 3,1 bilhões relativos a Braskem.

[243] Nos dizeres da lei, a publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Portanto, apesar de a Lei Anticorrupção não permitir a ampla participação coletiva na elaboração do acordo de leniência, deixando sua negociação sigilosa e a cargo da Controladoria-Geral da União em conjunto com os envolvidos, também não impediu a atuação dos outros órgãos legitimados a buscar providências, desse modo não haverá nenhum efeito no interesse processual destes órgãos[244], que continuarão podendo atuar dentro de seus limites institucionais regularmente.

O acordo de leniência, em si, porém, não é novidade no ordenamento pátrio, já sendo admitido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE desde 2000[245]. O CADE ainda aponta ter se utilizado primeiramente da figura em 2003 e, atualmente, contar com mais de 50 acordos de leniência fechados nesses anos que se passaram[246].

No mesmo sentido que caminha esta dissertação, o CADE aponta que sempre que possível convida o Ministério Público para atuar como interveniente no acordo de leniência a ser firmado, inclusive em razão das questões criminais que podem advir da leniência, a impulsionar a atuação do *parquet* a fim de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos interessados acerca dos efeitos que a leniência pode trazer. Consigna o CADE, em nota explicativa[247]:

> Muito embora os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exijam expressamente a participação do Ministério Público para a celebração de Acordo de Leniência Antitruste, a experiência consolidada do Cade é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal, tendo em vista as repercussões 18 criminais derivadas da leniência. Assim, o Ministério Público (Estadual e/ou Federal) pode participar da assinatura do acordo como agente interveniente, mesmo nos casos de carteis internacionais, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel em face dos demais envolvidos.

---

[244] Trataremos dos efeitos da adoção bem-sucedida dos meios extrajudiciais para solução de conflitos coletivos no capítulo 6.

[245] Artigo 20 da Lei 8.884/1995, muito semelhante à redação da Lei Anticorrupção atual.

[246] http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia, acessado em 18/12/2016.

[247] http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016.

Celebrado o acordo de leniência, seus efeitos ficam condicionados à declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal Administrativo do CADE, quando do julgamento do processo administrativo pertinente[248]. O mais importante: a declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal Administrativo do CADE não precisa ser homologada em juízo. Desse modo, trata-se de verdadeira solução extrajudicial de conflitos coletivos no âmbito do controle de concorrência e antitruste.

O CADE ainda prevê a possibilidade de celebração de termo de cessação de conduta[249]. Enquanto o acordo de leniência é garantido legalmente somente ao primeiro agente infrator a informar o CADE das condutas havidas, o termo de cessação de conduta – TCC permite a outros agentes buscarem o CADE para buscar uma composição em relação às punições, oferecendo em troca a colaboração nas investigações e a imediata interrupção da conduta irregular. Diferentemente do acordo de leniência, o termo de cessação de conduta não enseja benefícios automáticos na esfera criminal, porém ambos permitem um abrandamento das punições de ordem administrativa.

Há ainda o acordo chamado de leniência *plus*. Sua diferença para a leniência original é o incentivo a novas colaborações sobre outras violações de concorrência. Após o primeiro agente firmar um acordo de leniência, essa via fica fechada aos demais; porém o CADE pode firmar, na forma do artigo 86, §§ 8º e 8º, da Lei 12.529/2011, a leniência *plus* para garantir a outros interessados em reduzir suas penalidades tal possibilidade, desde que relatem outro cartel que não era de conhecimento dos órgãos investigativos.

---

[248] Artigo 86, §4º, I e II ,da Lei nº 12.529/2011.

[249] Este advindo com a Lei 12.529/2011.

Amanda MARTINS e Andressa FIDELIS, funcionárias do CADE, publicaram na OCDE texto traduzindo os números do CADE nos últimos anos, o que convém trazer para expor as estatísticas do órgão[250]:

> The numbers reflect the success of both instruments and place Cade's policy on fighting cartel as one of the most active jurisdictions among developing and developed countries15. Since the introduction of the Leniency Programme in Brazil until 2015, 50 Leniency Agreements and 14 Addendums were signed. Specifically in the last 4 years (i.e., 2012-2015), 28 Leniency Agreements (56%) and 11 Addendums were signed (79%), which represent a huge increase in the interest in this investigative tool. Additionally, in the same period, over 100 TCCs were signed with Cade in cartel cases, 32 in international cartel investigations. Regarding the fines collected, the Fund for the Defense of Diffuse Rights ("FDD" for its Portuguese acronym) received over BRL 500 million in 2015, ten times the amount received in 201216

Em várias unidades federativas foram criadas por lei estadual a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON. No caso do Estado de São Paulo, a Assembléia Legislativa o (re)fez[251] pela Lei 9.192/1995, que permite ao PROCON-SP a capacidade postulatória em juízo, assim como poderes de fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar sanções[252]. Atualmente o PROCON-SP conta com 32 (trinta e dois) termos de ajustamento de conduta firmados com diversas empresas para atender aos interesses coletivos dos consumidores.

A título de exemplo, trazemos o termo de ajustamento de conduta firmado com a *Microsoft Informática Ltda.*, em que o PROCON-SP cuidou de fixar, em acordo com a empresa, multas por irregularidades futuras, multas por irregularidades passadas,

---

[250] MARTINS, Amanda Athayde Linhas *et al*. *Leniency programme in Brazil – recent experiences and lessons learned – contribution from Brazil*. 14th Latin American and Caribbean Competition Forum 12-13 APRIL 2016, Mexico City, Mexico. OCDE. *In*: file:///C:/Users/janic_000/Documents/Facvldade/Mestrado/Textos%20eletr%C3%B4nicos/2016_OCDE_Leniency%20in%20Brazil.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016.

[251] Houve entidade anterior com finalidades semelhantes, apesar de menores instrumentos jurídicos. Decreto nº. 7.890, de 6 de maio de 1976, criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (Procon). Há notícia de soluções extrajudiciais desde 1982, com a assinatura de Protocolo de Intenções com a Associação Nacional da Empresas de Lavanderias, fixando multa de dez vezes o valor da lavagem, no caso de problemas, por se tratar de setor com muitas reclamações. (http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131, acesso em 15/06/2016).

[252] Artigo 3º da Lei nº 9.192/1995.

além de regularização da apresentação do produto *Windows 8 Pro* no mercado. Os termos do acordo são[253]:

> Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Nº 032/2012
>
> Extrato
>
> Publicação de extrato: DAS PARTES: de um lado, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo e do outro, MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA, denominada Compromissária, celebram neste ato o Termo de Ajustamento de Conduta.
>
> OBJETO: O Compromisso visa à adequação da embalagem do produto "licença de atualização do Windows 8 Pro", a partir do dia 17 de fevereiro de 2013, para que conste a informação adequada, em sua parte frontal, e, também, em sua lateral esquerda, de que o produto se trata de uma "atualização", remetendo ao verso da embalagem informações adicionais no sentido de que se trata de software de atualização e que requer um computador com a versão original do Windows 7, Vista ou XP SP3 já instalada. Até que a embalagem seja adequada, a Compromissária deverá fornecer suporte aos consumidores por meio de seu Call Center; oferecer o treinamento de seus revendedores; e fornecer material complementar de marketing, composto por folhetos e porta-folhetos, para os Varejistas Gerenciados e distribuidores. Pelo instrumento fica estabelecida a multa de R$ 2.000,00 para cada reclamação fundamentada aberta por consumidor junto ao Procon-SP, que contemple a ausência de suporte de seu Call Center ao consumidor no que se refere ao upgrade; e pelo descumprimento das demais obrigações, fica estabelecida a multa de R$1.000.000,00.
>
> Data da Assinatura do Termo de Ajustamento: 18 de dezembro de 2012.
>
> D.O.E.; Poder Executivo, Seção I, São Paulo, 122 (243), 29 de dezembro de 2012, pg. 27

Eventual demanda judicial poderia, por exemplo, impor à *Microsoft* a retirada total do produto do mercado, e nova colocação apenas após a solução da apresentação da embalagem. Isso geraria uma dupla perda, pois além de os consumidores ficarem sem o produto em disponibilidade, a empresa teria enormes prejuízos com a retirada e recolocação do produto no comércio. A saída adotada pelo PROCON-SP possibilitou que a venda fosse continuada, que eventuais problemas fossem resolvidos pelo *Call Center* da *Microsoft* e ainda fixou multa inibitória de condutas futuras, além de

---

[253] http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=4439, acesso em 15/06/2016).

punição pela conduta já operada. Não é possível cogitar de que isso não se trata de um acordo, pois o PROCON-SP adotou saída mais branda e condizente aos interesses tanto da empresa quanto dos consumidores (afinal, dentre os pedidos judiciais que poderiam ser feitos, a absoluta retirada do produto do mercado era uma das saídas), além de a *Microsoft* ter optado pelo não-enfrentamento judicial do caso, reputando que seria de maior valia a adoção das soluções alcançadas extrajudicialmente.

De forma mais ampla, o Conselho Federal de Justiça – CJF firmou o Enunciado 60:

> Enunciado 60 As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.

Como se vê, a solução extrajudicial de conflitos coletivos é possível por meio da atuação dos órgãos públicos, que detém autorização legal para celebrar acordos, nominados ora de acordo de leniência, ora de compromisso de ajustamento de conduta, ora ainda de forma inominada mesmo, a fim de resguardar o interesse que pretende proteger, sendo apenas mister a observância da pertinência temática das funções institucionais do órgão público em relação ao bem que se pretende tutelar. Não há necessidade de homologação judicial (ainda que esta seja possível e, por vezes, até mesmo vantajosa) e o acordo deterá força de título executivo extrajudicial.

3.4.3 – AGÊNCIAS REGULADORAS

Este tópico deve-se à necessidade de se abordar especificamente a situação das agências reguladoras brasileiras. Não se ignora que sejam órgãos públicos em geral, podendo assim ser abordadas no tópico anterior. Porém, a sua peculiaridade de possuírem poderes fiscalizatórios, sancionatórios e normativos impõe uma especificação[254].

[254] BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo, v. 229, 2002, pp. 285-311. *In*:

Não se esconderá, nesse sentido, uma crítica à atuação das agências reguladoras, pois para tantos poderes conferidos pela lei, deveria haver uma correspondência de atuação mais condizente com o interesse público e coletivo. Infelizmente, constata-se que muitas agências reguladoras são omissas ou, ainda pior, cooptadas pelo poder econômico que deveriam regular. Para se atentar à função das agências reguladoras, é importante resgatar o motivo de sua criação.

As agências reguladoras têm sua origem em mecanismos de controle da liberdade econômica. Sua origem, assim, advém após a consolidação do liberalismo, como espécie de freio e, ao mesmo tempo, instrumento viabilizador das liberdades conferidas pela nova ótica legislativa, considerando-se um recuo às grandes liberdades[255]. Não por acaso, seus primeiros impulsos vieram da Inglaterra moderna, em que o legislativo, ao passar uma lei sobre tema de relevância para o exercício das liberalidades, poderia criar um ente específico para fazê-la aplicar na sociedade. Sua consolidação foi realizada nos Estados Unidos, por meio da criação da *Interstate Commerce Comission – ICC* em 1887 para a regulação de serviços interestaduais de transporte ferroviário de bens e pessoas que serviu como ponto de partida para a criação de inúmeras outras agências. A *ICC* foi extinta apenas em janeiro de 1996, tendo suas funções sido em parte redistribuídas a outras agências e no restante incorporadas pela recém criada *Surface Transportation Board – STB*[256].

As agências foram desenvolvidas a fim de atender aos interesses de boa parte da sociedade que buscava instituições estatais, dotadas de profissionais com grandes conhecimentos técnicos, capazes de atuar tecnicamente na regulação da prestação de serviços públicos essenciais e da concorrência, decidindo sobre aspectos importantes

---

http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras, acessado e baixado em 05/02/2015, p. 6/19, anotando que são autarquias especiais. Da mesma forma, o posicionamento de ARAÚJO, Edmir Netto de. *A aparente autonomia das agências reguladoras*. *In* MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladores*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 41-42. Essa especialidade toma contextos próprios no que tange à defesa dos interesses coletivos.

[255] Freios aos direitos de primeira geração, conforme aponta BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006, capítulo 16.

[256] https://www.stb.gov/stb/public/resources_icc.html, último acesso em 01/12/2016.

como, exemplificativamente, a fixação de valores mínimos e máximos para as tarifárias dos serviços. A criação de entes específicos para tais fins diminuiu as pressões políticas, estabeleceu campo para decisões imparciais e uma atuação mais independente da Administração Pública[257].

No Brasil, as agências reguladoras começaram a se desenvolver no início do século XX, como reflexo do liberalismo pós-império. Cite-se o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituo do Açúcar e do Álcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos sob a forma de autarquias econômicas, com poderes para regular a produção e o comércio[258].

Como conhecemos hoje, porém, as agências brasileiras advieram do movimento político-econômico neoliberal, em que se exigia uma atuação mínima estatal, como mero regulador da atividade econômica, evitando-se sua ingerência direta na atividade empresarial, especialmente como concorrente em áreas de empreendimento que não fossem essenciais e vistas como de interesse público. Nesse sentido, inclusive, o período de desestatização das atividades públicas, permitindo a transmissão dessas atividades ao empresariado privado, impulsionando a necessidade de uma atuação de mera fiscalização estatal. Portanto, seu reforço se deu da década de 1990 em diante, com a criação de inúmeras agências no período. O novo foco estatal era a eficiência[259].

Conforme anotou BARROSO[260]:

---

[257] BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE) nº 13. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Março/abril/maio, 2008. *In*: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF, acessado e baixado em 05/06/2016, p. 5.

[258] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 434.

[259] MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação de mestrado, UFPE. Recife, 2010, p. 12.

[260] BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo, v. 229, 2002, pp. 285-311. *In*: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras, acessado e baixado em 05/02/2015, p. 2/19.

> Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastradamente ativo – no campo econômico.

As agências foram pensadas para contar com independência em relação ao Poder Executivo, posto que sua chefia, apesar de nomeada pelo chefe do Poder Executivo e chancelada pelo Poder Legislativo, conta com estabilidade que lhe impede a dispensa *ad nutum* e lhe garante duração específica de mandato[261], ou seja, dá-lhe isenção política, o que lhe garantiria liberdade decisória.

Considerando-se essa isenção política e os poderes regulatórios, sancionatórios e normativos, o direito administrativo brasileiro caminhou, segundo BINENBOJM, para de um ideal de Executivo unitário a uma Administração *policêntrica*[262]. Ocorre que isso, ao ver do mesmo autor, traz problemas de representatividade, questionando o que legitimaria essas entidades a adotar as medidas que em tese decorreriam de delegação do poder pelo povo, de forma democrática[263].

---

[261] Lei 9.986/2000.

Art. 5º.O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Art. 6o O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

[262] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 42-45.

[263] Questiona o autor se "devem ser desenvolvidas novas formas de participação e controle social, além da via eleitoral, de maneira a alcançar um maior grau de legitimidade nas decisões das agências?" (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45).

Anota-se ainda que, como as privatizações da atuação econômica do Estado brasileiro se deram também na década de 1990, as agências reguladoras foram, muitas delas, criadas às pressas, sem estrutura física ou econômica para exercer uma função fiscalizatória, sancionatória ou normativa sobre empresas privadas de muito maior influência política e econômica.

Decorrência, quiçá, dessa falta de democracia no âmbito das agências reguladores e da forma apressada como foram criadas, somadas ao convívio frequente e aos critérios de seleção dos diretores da agência (currículo e atuação na área), deu grande margem ao que se denominou de *captura* das agências reguladoras, seja pelo poder político, seja pelo poder econômico. Em suma: a lei, ao tentar isentar a agência reguladora de interferências externas, acabou por imunizar seus dirigentes das interferências da própria sociedade, tendo sido sua atuação capturada pelos entes econômicos e estatais que nela se interessam, desvirtuando sua atuação. Como anota GAMA, "algumas agências reguladoras têm-se sistematicamente comportado – indevidamente – como verdadeiros sindicatos das empresas submetidas às suas esferas de atuação"[264]. Da mesma forma, MELO, ao aduzir que a "atuação técnica e especializada não está livre das pressões exercidas pelos participantes do mercado regulado em prol da defesa de seus interesses"[265].

De fato, o que se verifica é uma verdadeira confusão em relação às finalidades institucionais das agências reguladoras do país, que não raro se desvirtuam de seu objetivo de regulação do exercício da atividade econômica descampando para o campo da proteção dos exercentes dessa atividade. Não são raros, inclusive, os casos em que os diretores das agências muitas vezes são ex-funcionários das próprias empresas que atuam no âmbito da pertinência temática da agência, o que compromete a sua isenção e o atingimento de suas funções institucionais.

---

[264] GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *O fenômeno da captura das agências reguladoras – federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados*. Revista CEJ, 26, jul/set, 2004, p. 64.

[265] MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação de mestrado, UFPE. Recife, 2010, p. 13.

A Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp 431.606/SP, bem pontuou esse desvirtuamento. A causa principal envolvia o questionamento pelo IDEC em face da TELESP e da Companhia Telefônica Borda do Campo – CTBC sobre um reajuste tarifário abusivo, que havia sido autorizado pela ANATEL no âmbito administrativo. Após ter pedido seu ingresso, a agência solicitou desistência de sua atuação em juízo. Deu-se o julgamento pela 1ª instância e pela 2ª instância (pela procedência do pedido do IDEC), ocasião quando a agência ingressou em juízo por meio do Recurso Especial, arguindo interesse na causa e pedindo a nulidade do processado e a remessa do feito à Justiça Federal. Nessa ocasião, a Ministra Eliana Calmon, durante a fundamentação de improvimento do recurso da ANATEL, apontou que "a paralisação da ação civil pública, apresentada como alternativa, só tem o condão de beneficiar as rés que, desde o início, tentam tumultuar o andamento da ação. Por todos os meios, vem a Telesp e a Anatel perseguindo o deslocamento do feito para a Justiça Federal".

Como se vê, houve insistência inclusive por parte da TELESP, para que a ANATEL fosse admitida no curso da ação, anulando-se grande parte do processado. ANATEL e TELESP defendendo um ingresso tardio no processo, após a própria ANATEL já ter desistido de sua intervenção, considerando-se tratar-se de ação civil pública julgada procedente em favor dos consumidores, demonstra de certo uma confusão de interesses. Não por acaso, a Ministra Eliana Calmon concluiu que a "obstinada pretensão de tornar-se litisconsorte necessária, só despertada no curso da ação é, sem dúvida, manobra processual para inutilizar a ação civil pública que, com sucesso para os consumidores, encontra-se em fase de apelação".

Resumidamente, vale mencionar Edmar Netto de ARAÚJO anotou[266]:

> [...] destinando-se a regular relações que mantenham com as concessionárias (também permissionárias ou autorizatárias) de serviços públicos de suas respectivas áreas, exercem, de certa forma, *poder normativo* (não *regulamentar*, no sentido estrito, como vimos, reservado à regulamentação de leis formais, competência privativa dos Chefes de Poder Executivo) para regrar os serviços objeto dos contratos ou atos de delegação, licitar a respectiva escolha dos

[266] ARAÚJO, Edmir Netto de. *A aparente autonomia das agências reguladoras*. *In* MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladores*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 43-44.

> concessionários/permissionários e celebrar os contratos correspondentes, ou outorgar unilateralmente autorização, definir tarifas e sua revisão, controlar a execução dos serviços etc., que normalmente são atribuições do "Poder concedente", o que lhes confere, ao lado de certas autonomias em licitações e na área financeira, certa "independência em relação ao Poder Legislativo (pelo poder normativo), ao Poder Executivo (mandato dos dirigentes e não-revisão de normas ou decisões por outros órgãos ou entidades da Administração) e ao próprio Poder Judiciário, pela função "quase jurisdicional" de solução de litígios entre elas e os delegados de serviço público ou entre estes, como instância *administrativa* definitiva.

Por qual razão, entretanto, essa captura é tão gravosa aos interesses coletivos? Isso se dá porque é "obrigação da agência reguladora de utilizar os meios jurídicos e negociais para a solução amigável de um conflito entre dois agentes econômicos ou entre estes e os usuários"[267]. Como já se apontou anteriormente, as agências reguladoras são autarquias especiais, cuja especialidade decorre de funções excepcionais que não são conferidas às autarquias em geral (e que se enquadrariam na ótica do tópico em que tratei dos entes públicos em geral). Dentre essas funções, está a de regular operacionalmente as concessionárias, autorizatárias e permissionárias da atividade empresarial de pertinência temática da agência, o que lhe impõe o poder normativo. Se possuem esses poderes, possuem maior capacidade de solucionar extrajudicialmente os conflitos coletivos.

As agências reguladoras possuem poderes sancionatórios, permitindo a aplicação de multas, regramento de condutas e fornecimento do serviço, bem como poderes para firmar termos de ajustamento de conduta (artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública). Inclusive, tomam conhecimento, na qualidade de julgadora administrativa, de diversos litígios em seu setor de atuação. Ademais, não se sujeitam ao controle de atos nem mesmo pelo Tribunal de Contas, nos casos em que não envolva dispêndio de recursos públicos, como anotou BARROSO[268].

Portanto, suas possibilidades de solucionar conflitos coletivos são excepcionais, pois além de poderem ajuizar ações coletivas (solução judicial), também

---

[267] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 165.

[268] BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. *In* MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladores*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 127-130.

podem atuar no lado "ativo" de um compromisso de ajustamento de conduta, além de poderem atuar como reguladores dentro de sua área de pertinência temática, sendo esta última característica importantíssima. Verifica-se uma possibilidade de impor soluções aos conflitos de que toma ciência, seja pela via da decisão em processo administrativo, seja pela edição de atos normativos que regulamentem a atividade. Isso representa um grande instrumento de solução extrajudicial para os conflitos coletivos e que poderia ser muito bem utilizado pelas agências, pois não dependeriam de uma aceitação das empresas que exercem atividade na área específica.

Não se ignora, notadamente, que a imposição da solução extrajudicial coletiva pode impulsionar o ajuizamento de ação pelas empresas concessionárias; de certo, porém, não havendo nenhum efeito suspensivo, a solução extrajudicial pode produzir efeitos desde a edição dos atos da agência regulatória, o que funciona como um desincentivo a lides protelatórias – as empresas somente questionarão em juízo para ou obter uma liminar ou realmente pretender ganhar a demanda, eliminando o ônus do tempo do processo judicial, que nas ações coletivas tem se mostrado especialmente danoso aos interesses que se pretendem tutelar.

As agências reguladoras podem, ainda, atuar como terceiro intermediário, facilitando a conversação de entes em conflito, especialmente quando reputar, por meio de sua discricionariedade, que sua atuação no caso não deve se dar de forma direta. Conforme anotou MENEZELLO[269]:

> Parece-nos claro e insofismável que as agências, mediante a criação do direito regulatório, podem baixar normas e aplicar sançõpes. Contudo, devem também desenvolver procedimentos ágeis e eficientes para realizar com êxito a solução amigável dos conflitos entre os agentes regulados, cumprindo assim a finalidade de que '*regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados*'[270], para que a prestação dos serviços concedidos não sofra qualquer prejuízo quando algum dos atores se indispuser com outro.

---

[269] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 165.

[270] Citação de MENEZELLO a SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30.

Por sua vez, JUSTEN FILHO consignou que "as leis passaram a reconhecer às agências o poder de decidir não apenas sobre os fatos, mas também sobre o direito"[271].

Infelizmente, porém, todo esse potencial solucionador que as agências reguladoras detêm é desperdiçado pelo desvirtuamento de suas finalidades, em razão da captura de sua atuação pelos interesses dos próprios regulados, seja diretamente, seja por influência a partir do Legislativo ou do Executivo. Salvo raras exceções, as agências reguladoras são em regra dirigidas por profissionais ex-empregados das próprias empresas reguladas, ou ainda as empresas reguladas contratam, após a quarentena, ex-diretores das agências. Ou ainda são dirigidas por políticos, eleitos ou não, ou ainda sob ingerência direta destes, demonstrando a captura das agências pelo próprio Poder Legislativo e/ou Executivo[272]. Há confusão de interesses entre o regulado e o regulador.

A título exemplificativo, o atual diretor presidente da Agência Nacional de Saúde (ANS) é o senhor José Carlos de Souza Abrahão, que dentre inúmeras outras funções que poderiam de fato credenciá-lo à função, foi também presidente da Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), de 2003/2014[273], órgão de natureza *sindical* patronal, representando os interesses dos estabelecimentos e serviços de saúde. Também foi presidente da Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado Rio de Janeiro, de 2000 a 2014.

---

[271] FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 106.

[272] Thiago Dellazari MELO defendeu em sua dissertação a captura da agência reguladora pelo Poder Judiciário. Da leitura de sua dissertação, porém, com o devido respeito ao autor, não vislumbrei captura por esse poder. A captura, ali, ainda a meu ver, foi confundida com controle dos atos administrativos do poder judiciário. Isso não seria a captura propriamente, haja vista que esta se mostra pelo redirecionamento dos atos da agência no benefício não de seus fins institucionais, mas daqueles a quem deveria regular (empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas privadas). O controle judicial dos atos administrativos, ou ainda o poder de convencimento que as decisões judiciais podem impor para guiar as próximas decisões dos jurisdicionados, não significa captura pelo Poder Judiciário, já que isso somente ocorreria se as agências passassem a defender os interesses do Judiciário em suas atitudes, o que salvo melhor juízo não vislumbro neste momento. A defesa foi feita em MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação de mestrado, UFPE. Recife, 2010, pp. 84-109.

[273] http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Quem_somos/Diretoria_colegiada/jose_carlos_de_souza_abrahao_curriculo.pdf, acessado em 01/12/2016.

Também foi Diretor Presidente do Grupo Hospitalar Assim Assistência Média Integrada, de 1988 a 1990. Vê-se, pois, que é uma pessoa estritamente ligada aos interesses das empresas reguladas no setor de saúde, e não somente um técnico, como se planejava na criação das agências reguladoras. Em suma: a ANS hoje é presidida pelo ex-presidente do sindicato das empresas de serviços de saúde do país.

Outrossim, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) é presidida hoje pelo recém-aprovado senhor Juarez Quadros do Nascimento. Apesar de também possuir formação técnica na área, verifica-se que o presidente da ANATEL é sócio de consultoria na área (ou seja, habitualmente contratado pelas empresas do setor e, eventualmente, contratado pelo próprio Poder Público, já que nenhum consumidor contrata consultorias na área para resolver seus problemas). Referido presidente já foi ministro das Comunicações entre abril e dezembro de 2002, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso. Além disso, foi secretário executivo e secretário de Fiscalização e Outorgas. Teria, assim, currículo para se sustentar na função. O problema é que, além da sociedade em consultorias no setor, também foi diretor da Telebrás e conselheiro dos Correios, da Telerj, da Telesp e da Embratel[274], a demonstrar sua forte ligação com as empresas do setor regulado.

Da mesma forma, o Banco Central do Brasil (BACEN) é atualmente presidido pelo israelense Ilan Goldfajn. Sua qualificação acadêmica é incontestável, sendo bacharel, mestre e doutor em Economia, sendo este último título obtido junto ao *Massachussetts Institute of Technology*. Além disso, é autor de vários livros e artigos. A questão que cinge é que apontado presidente foi Economista Chefe e, mais grave, sócio do Itaú Unibanco, um dos maiores bancos da América Latina, de abril de 2009 a maio de 2016, quando alçado à função presidencial do BACEN. Destaque-se, porém, a visão da sociedade no sentido de que o BACEN costuma ter uma regulação mais eficiente (em prol da sociedade) que as demais agências mencionadas, talvez recebendo de perto a perseguição da ANATEL. De toda forma, percebe-se que há grave conflito entre o

---

274 http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/30/indicado-para-comandar-anatel-juarez-quadros-sera-sabatinado-na-terca-feira, acesso em 01/12/2016.

presidente do órgão regulador ser oriundo de empresa regulada, na figura de sócio e diretor desta última.

Esses dois exemplos são indicados apenas para focar na presidência dessas agências, duas das mais relevantes do país. Além dessa captura no âmbito da presidência agencial, há ainda inúmeros conselheiros em situação semelhante, senão até mesmo mais esdrúxulas. A captura dos interesses das agências reguladoras é uma realidade, que deveria ser solucionada.

Marçal JUSTEN FILHO indicou[275]:

> [...] Estado não poderia ser concebido como um simples "corretor dos defeitos econômicos" do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica.

Se for possível enfrentar politicamente essa captura das agências, e realmente permitir a autonomia que se previa quando da criação das agências, e mesmo na legislação que as regula, sem o desvirtuamento por parte do Poder Legislativo ou do Poder Executivo acerca das finalidades dessas agências, é inegável o potencial solucionador que essas agências detêm, não só nas questões coletivas, mas até mesmo nas individuais, que vale mencionar ainda que este não seja o foco desta dissertação.

A legislação já prevê o controle social, e por que não dizer, a captura das agências reguladoras pelo interesse coletivo, por meio de audiências e consultas públicas, sendo esta a manifestação participativa de terceiros em processo administrativo de interesse geral, ao passo em que aquela se desenvolve *apud acta*, perante sessões convocadas prevendo tal fim, permitindo-se inclusive oralmente a intervenção[276]. Consta como previsão nos artigos 31 e 32 da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei 9.784/1999. Inclusive, CARVALHO defende "a obrigatoriedade de realização de audiência ou consulta pública nos casos em que o conteúdo a ser tratado seja relevante ou

---

[275] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

[276] CARVALHO, Ivo César Barreto de. *O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social*. Revista Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 34, n. 2, pp. 173-196, jul./dez. 2013, p. 185.

quando afete interesse das entidades reguladas e dos consumidores e usuários de serviços públicos"[277]. Infelizmente, apesar de não se negar a existência de algumas consultas públicas, estas são verdadeiramente incipientes, pouco desenvolvidas, e muitas vezes utilizadas como canal de manifestação dos próprios regulados, e não de toda a sociedade[278].

Poder figurar como julgador nos processos administrativos e, *pari passu*, deter legitimidade para agir coletivamente e de mediar conflitos[279], além de deter os poderes de regular, sancionar e fiscalizar os setores de sua pertinência, são todas ferramentas que dão-lhe inúmeras possibilidades de atuar como mediador de conflitos, como julgador de questões administrativas e ainda de figurar no lado "ativo" dos compromissos de ajustamento de conduta.

Infelizmente, há um subaproveitamento do potencial solucionador de conflitos das agências reguladoras no país. Em 03/01/2016 o jornal O Globo abriu notícia em que inicia-se com "o ano é novo, mas o ranking das dez empresas mais reclamadas na 'Defesa do Consumidor' do GLOBO não surpreende. O setor de telecomunicações, de novo, teve o maior número de reclamações sobre os serviços prestados [com] 84% das queixas"[280]. É absolutamente inadmissível que um setor regulado por uma agência reguladora com tantas possibilidades seja disparado o maior causador de problemas que motivam o consumidor a reclamar aos canais disponíveis. Certamente não se ignora que as empresas de telecomunicações estão mais presentes no dia-a-dia da população (afinal representam um serviço muito acessível, em especial com telefonia celular pré-paga e telefonia fixa cobrada por uso, sem taxas de manutenção), porém isso não justifica que o

---

[277] CARVALHO, Ivo César Barreto de. *O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social*. Revista Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 34, n. 2, pp. 173-196, jul./dez. 2013, p. 186.

[278] Cite-se, mais uma vez, CARVALHO, Ivo César Barreto de. *O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social*. Revista Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 34, n. 2, pp. 173-196, jul./dez. 2013, p. 189.

[279] A título exemplificativo o artigo 18 do Decreto 2.335/1997, que regulamenta a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

[280] http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/setor-de-telecomunicacoes-lider-de-reclamacoes-da-defesa-18399736, acessado e baixado em 01/02/2016.

índice atinja 84% das reclamações recebidas por um dos principais canais de reclamação (mais uma vez a solução extrajudicial atuando em prol da coletividade) disponíveis ao consumidor com fácil acesso.

Visando a combater esse subaproveitamento, o Enunciado 82 da JORNADA "PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS" do Conselho da Justiça Federal – CJF realizada em agosto de 2016 especificamente mencionou as agências reguladoras como fomentadoras da solução dos conflitos de massa pela via extrajudicial, sendo isso um dever desses e de outros órgãos públicos:

> Enunciado 82 O Poder Público, o Poder Judiciário, as agências reguladoras e a sociedade civil deverão estimular, mediante a adoção de medidas concretas, o uso de plataformas tecnológicas para a solução de conflitos de massa.

Bem pontuou CARVALHO que o agir das agências reguladoras não pode se pautar, apenas, em critérios técnicos voltados para a intervenção em uma dada atividade econômica. O interesse coletivo deve ser ouvido e considerado na tomada de decisões das agências[281], o que vem sendo um problema diante da gritante captura de sua atuação institucional.

Portanto, fecha-se este ponto do estudo com a crítica: as agências reguladoras no Brasil, hoje, não atendem satisfatoriamente suas pretensões institucionais, e mais grave do que isso, possuem verdadeiros poderes concedidos pela legislação que estão absolutamente obsoletos diante das possibilidades que detêm. É o caso de se promover uma revisão na forma de nomeação dos dirigentes e também na própria forma de atuação dessas autarquias, pois o desperdício nas mesmas infelizmente é enorme.

3.4.4 – DEFENSORIA PÚBLICA

Outro órgão de defesa que possui grandes possibilidades de atuação, e que, ao contrário das agências reguladoras, vem conscientemente atuando e buscando auxiliar

[281] CARVALHO, Ivo César Barreto de. *O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social*. Revista Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 34, n. 2, pp. 173-196, jul./dez. 2013, p. 192.

na solução dos conflitos coletivos é a Defensoria Pública, cuja função institucional é, precipuamente, fornecer assistência judiciária gratuita a pessoas em situação vulnerável.

A assistência judiciária gratuita é uma preocupação paulatinamente crescente no sistema de acesso à justiça. Primeiras instituições, inclusive por parte de advogados preocupados com a causa, já surgiam no século XIX no Brasil, mas de forma ainda absolutamente incipiente[282]. Seu desenvolvimento mais acelerado se deu apenas em meados do século XX e, em especial, na parte final deste mesmo século.

CAPPELLETTI, em seu famoso estudo sobre o acesso à justiça em conjunto com Bryan GARTH, pontou que desde a década de 1960 houve grande apelo a permitir o acesso dos pobres ao sistema judicial, junto ao mundo ocidental[283]. Desde então, criaram-se inúmeros mecanismos para viabilizar esse acesso, mencionando-se a remuneração pública de advogados privados, e a contratação de advogados públicos para defender os interesses dos necessitados. O autor italiano apontou que a vantagem da utilização desses advogados públicos seria a tutela coletiva dessas pessoas, trazendo a citação da experiência estadunidense que, por meio do *Office of Economic Opportunity*, em 1965 criou um programa de assistência judiciária em que escritórios pequenos eram contratados pelo Poder Público para promover a defensa dos pobres "enquanto classe"[284]. Conclui que um sistema híbrido era o mais útil para desenvolver o acesso à justiça dos menos instruídos, valendo-se a política de acesso por meio de advogados privados remunerados pelo Poder Público e também por meio de advogados públicos, pois

---

[282] Exemplifica-se com a criação em 1870 de um conselho destinado a prestar assistência judiciária aos mais necessitados, iniciativa de Nabuco de Araújo e outros companheiros forenses junto ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, conforme anota OLIVEIRA, Simone dos Santos. *Defensoria Pública brasileira: sua história*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, pp. 59-74, maio/agosto, 2007, pp. 67-68.

[283] CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), *passim*.

[284] CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), p. 15.

enquanto os primeiros reivindicariam os interesses individuais dos menos afortunados, estes últimos seriam capazes de defender a classe dos menos afortunados[285].

Com esse desenvolvimento foi possível uma segunda onda, ainda utilizando a terminologia cappellettiana, em que houve uma busca pela defesa dos interesses difusos, não só dos menos afortunados, mas em geral. Esse o movimento de acesso à justiça no final do século XX, em todo o mundo ocidental, inclusive no Brasil.

Em 1950 o Brasil editou a primeira lei incentivando o acesso ao Judiciário. A Lei 1.060/1950 vigeu basicamente até 2016, quando foi em muito alterada ou revogada com o advento do Novo Código de Processo Civil, que regulamentou também a matéria. O artigo 4º da lei passada previa que "os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei".

A Constituição Federal de 1988 alçou a Defensoria Pública ao nível de órgão essencial à função jurisdicional estatal, com a incumbência precípua de defender os necessitados. Atualmente[286], vige da seguinte forma:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

A nova redação deixou bem claro que a Defensoria Pública detém legitimidade para defesa extrajudicial de direitos coletivos dos necessitados. Mas nem sempre foi assim. Houve muita discussão, fomentada especialmente por membros do Ministério Público que não queriam perder espaço no desenho político da República

---

[285] CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), pp. 16-18.

[286] A redação original da Constituição Federal era:

Artigo. 134.

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

brasileira, acerca da legitimidade ou não da Defensoria Pública ajuizar ações civis públicas. Pontuam DONIZETTI e CERQUEIRA[287] que antes da expressa inclusão da Defensoria Pública por lei própria no rol dos legitimados, predominava na jurisprudência pátria o entendimento de que as defensorias não deteriam legitimidade para processos coletivos. Admitia-se sua atuação apenas como representante judicial de outro legitimado hipossuficiente (associações sem recursos suficientes) e em casos específicos a atuação de um órgão próprio da Defensoria Pública que viesse a ser instituído como defensor de interesses coletivos[288].

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, decidiu que a Defensoria Pública detém legitimidade para propor ação civil pública, julgado constitucional o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública com sua redação dada pela Lei 11.448/2007 que inseriu a instituição no rol dos legitimados:

> EMENTA Direito Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da

---

[287] DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

[288] A exemplo: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor". III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (REsp 555.111/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 18/12/2006, p. 363)

> legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.
>
> (RE 733433, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-063 DIVULG 06-04-2016 PUBLIC 07-04-2016)

Trata-se de aplicação a todos os recursos pendentes da tese fixada na ADI 3943:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
>
> (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)

GRINOVER bem consubstanciou, em parecer na ADI 3943 já mencionada, que a atuação da Defensoria Pública é concorrente à do Ministério Público, naquilo que pertence à sua pertinência temática. A processualista foi cirúrgica ao apontar que (i) o interesse do Ministério Público seria o de evitar a concorrência com a Defensoria Pública, evitando-se assim se fragilizar o desenho político-institucional da República[289] e (ii) a Constituição Federal, no parágrafo primeiro do artigo 129,

---

[289] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer* apresentado no Processo ADI 3943. *In*: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf, acessado e baixado em 28/03/2016, pp. 3-10.

expressamente consignou que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros[290].

ZUFELATO consignou, também em parecer, que a atuação da Defensoria Pública deve ser admitida "numa nova perspectiva de enquadramento da realização do contraditório e da ampla defesa, com vistas a permitir que tais entes promovam a defesa de pontos de vista das coletividades"[291]. Ao tratar do tema sob a ótica dos vulneráveis e relacionando-se a ações coletivas passivas, o processualista defende a admissão da Defensoria até mesmo como "intervenção *ad coadjuvandum*, pois tem o inequívoco escopo de auxiliar um grupo ou coletividade, sem que, tecnicamente essa intervenção se caracterize como sendo uma das tradicionais formas de intervenção de terceiros"[292].

Consigne-se, ainda, que a Defensoria Pública detém um elemento de pertinência temática que lhe permite a defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis, inclusive de forma acidentalmente coletiva, se houver interesse de vulneráveis, ainda que não haja interesse social relevante – distinguindo-se assim do Ministério Público, cuja possibilidade de defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada à existência de relevante interesse social[293-294].

---

[290] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer* apresentado no Processo ADI 3943. *In*: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf, acessado e baixado em 28/03/2016, p. 10.

[291] ZUFELATO, Camilo. *Parecer* apresentado no processo 1001287-53.2015.8.26.0196. 18/02/2015, p. 50.

[292] ZUFELATO, Camilo. *Parecer* apresentado no processo 1001287-53.2015.8.26.0196. 18/02/2015, p. 51.

[293] Conforme anota MAZZILLI, para quem haveria desacordo com a destinação institucional do Ministério Público "a defesa de interesse individual disponível, sem qualquer conotação social", o que inclusive seria uma atuação inconstitucional (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 365-366).

[294] DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA VEICULADA POR CANAIS DE TELEVISÃO, JORNAIS E, PESSOALMENTE, POR CORRETORES. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. [...] 4. Mesmo que se considere que na situação em concreto não há direitos difusos, é de notar que, no tocante ao interesse individual homogêneo, o Ministério Público também preencheu o critério para a sua atuação na defesa desse interesse transindividual, qual seja: o interesse social relevante. 5. O STF e o STJ reconhecem que o evidente relevo social da situação em concreto atrai a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de

Durante toda essa discussão sobre a legitimidade *ad causam* e por vezes até mesmo *ad actum* da Defensoria Pública, questionou-se também sua legitimidade como celebrante de compromisso de ajustamento de conduta.

Apesar de certa controvérsia quanto a Defensoria Pública ainda persistir sobre o tema, sua legitimidade a firmar soluções extrajudiciais de conflitos coletivos por meio de termos de ajustamento de conduta não é negável. Como bem anotou Daniel NEVES, "apesar das divergências a respeito da legitimidade coletivas ativa da Defensoria Pública, [...] ela também tem legitimidade para firmar temos de ajustamento de conduta"[295]. Isso porque é órgão público e legitimada coletiva, exatamente as exigências do artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública. A questão a ser observada é sua pertinência temática, e não sua legitimidade, na esteira do que firmou como tese o Supremo Tribunal Federal no RE 733433 já citado anteriormente.

Nesse sentido, inclusive, vale dizer: "qualquer observador razoável percebe que, em um paós com as dificuldades que o nosso ainda apresenta, a Defensoria deve ter um papel de destaque no sistema processual coletivo"[296].

Entretanto, seria até presunçoso, senão verdadeiramente temerário, negar à Defensoria Pública a celebração de algum compromisso de ajustamento de conduta por suposta ausência de pertinência temática, porque isso implicaria afirmar categoricamente a absoluta ausência de interesses de necessitados na tutela a ser obtida. Salvo raras

---

interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, em razão de sua vocação constitucional para defesa dos direitos fundamentais ou dos objetivos fundamentais da República, tais como: a dignidade da pessoa humana, meio ambiente, saúde, educação, consumidor, previdência, criança e adolescente, idoso, moradia, salário mínimo, serviço público, dentre outros. No caso, verifica-se que há interesse social relevante do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, notadamente por tratar de relação de consumo em que atingido um número indeterminado de pessoas e, ainda, pela massificação do conflito em si considerado, estando em conformidade com os ditames dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei n. 7.347/1985.[...] 9. Recurso especial não provido. (REsp 1209633/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015)

[295] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 431.

[296] SOUSA, José Augusto Garcia de. *A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 289-344, especificamente à p. 327.

exceções, não é possível cogitar de verídica essa afirmação. Em regra, há interesses de necessitados, seja em maior influência (como no caso de concessionárias de transporte público, serviço amplamente utilizado pela população mais carente), seja em menor influência (como no caso de contratação de internet de alta velocidade, geralmente envolvendo altos custos mensais). É simplesmente inviável conceber, *in abstrato*, a ausência de interesses de necessitados, salvo raríssimas exceções casuísticas. E, se essa afirmação houver de ser feita, deve vir acompanhada de prova por quem a afirma (afinal basta cogitar apenas em tese a existência de interesse dos vulneráveis, conforme tese do RE 733433), o que demonstra certa prova diabólica por ter de provar fato negativo, valendo ressaltar ser incabível exigir da defensoria a prova de interesses individuais como exemplos de interesse coletivo porque esses não se confundem. Destaque-se que não há necessidade de que os interessados na tutela coletiva sejam compostos exclusivamente de pessoas necessitadas[297-298].

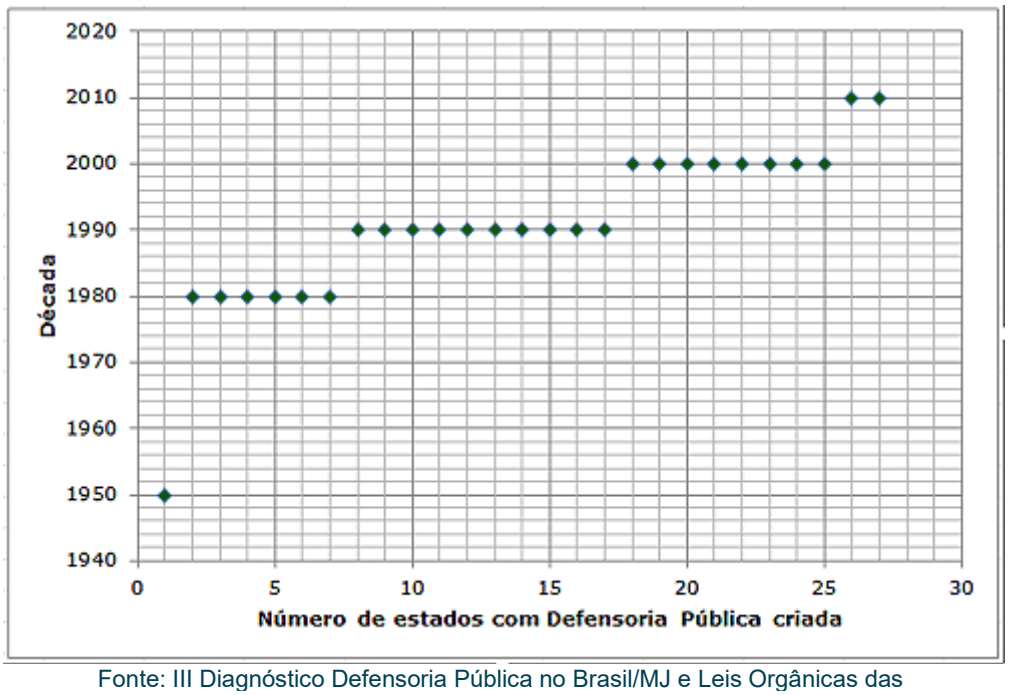
A Defensoria Pública, como instituição, ainda está se consolidando no cenário político da República como um dos entes de poderio e capazes de realmente influir tanto na tomada de decisões quanto na solução das mais diversas questões advindas. De fato, apesar da previsão constitucional acerca das Defensorias, as instituições somente foram estabelecidas paulatinamente no âmbito federal e estadual. Veja-se a seguir gráfico demonstrativo da evolução decenal destas instituições:[299]

Gráfico 1 - Criação das Defensorias Públicas no Brasil: uma cronologia

[297] "Malgrado a existência de opinião no sentido restritivo, afigura-se mais razoável a posição ampliativa da legitimidade da Defensoria Pública, admitindo-se tal entidade como legitimada à defesa de direitos coletivos em juízo, ainda que o grupo substituído não seja composto apenas de pessoas carentes" (DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143).

[298] PL 5.139/2009, Projeto de Lei para instituição de nova Lei da Ação Civil Pública, um Código de Processo Civil Coletivo.

[299] Fonte: http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica, acesso em 01/11/2016.



Fonte: III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil/MJ e Leis Orgânicas das Defensorias Públicas de Goiás, Paraná e Santa Catarina.

O modelo brasileiro das Defensorias Públicas conta com parceira junto a diversas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Esses convênios são destinados a complementar a deficiência institucional ainda existente nas Defensorias, que não tem o aparato adequado para atender a toda sua demanda. Além disso, mantém-se a atuação em prol de interesses individuais mais especializada nesses convênios com a OAB, conforme alertou CAPPELLETTI já citado alhures. Mesmo assim, não há como se cogitar que a Defensoria Pública é uma instituição já consolidada e fortemente aparelhada no Brasil, sendo que algumas defensorias estaduais foram criadas há poucos anos, como a de Santa Catarina, criada apenas em 2012 pela Lei Complementar n° 575 da Assembleia Legislativa catarinense.

Não obstante, a PEC das Comarcas, que resultou na Emenda Constitucional 80/2014, visou a fortalecer a Defensoria Pública, prevendo a estrutura de carreira semelhante à da Magistratura e do Ministério Público (aplicando-se os artigos 93 e 96, II, da Constituição Federal também a esta instituição, bem como prevendo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que no prazo de 8 (oito) anos a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as

unidades jurisdicionais, observada a proporcionalidade da demanda a esses serviços[300]. Tal fato demonstra que a instituição caminha paulatinamente para uma consolidação e esse caminhar não deve ser interrompido.

A vontade institucional dos defensores é de plena consentaneidade com o proposto neste estudo. Estudo do Ministério da Justiça apontou[301] que 97,7% dos defensores públicos estaduais são favoráveis à atuação da Defensoria Pública na tutela de direitos coletivos e também que 97,9% dos defensores estaduais são favoráveis à adoção, pela instituição, de meios extrajudiciais de solução de conflitos. O posicionamento contrário a estas formas de atuação foi de apenas 0,4% e, respectivamente, não houve opinião expressa em 1,9% e 1,7% dos casos. O mesmo estudo apontou um aumento real, nos últimos 10 (dez) anos, de 31,4% sobre o orçamento executado das Defensorias Públicas Estaduais no país[302], bem como uma sensação de autonomia dos Defensores Públicos Estaduais de 93,7%[303], ainda que tal índice sofra queda para apenas 43,4% em relação ao Poder Executivo e 50,8% em relação ao Poder Legislativo[304]. Sobre a utilização de meios extraprocessuais para solução de conflitos, o mesmo estudo aponta a utilização pela Defensoria Pública Estadual:

---

[300] "Em relação ao atendimento às unidades jurisdicionais, [...] com exceção de unidades federativas como o Rio de Janeiro (com 100% de atendimento) e o Acre (com 95% de atendimento), as unidades federativas brasileiras ainda precisam avançar sistematicamente em seus esforços de atendimento completo à EC nº 80/2014. Casos como o de São Paulo (apenas 3% de unidades jurisdicionais atendidas), da Bahia (3%), Rio Grande do Norte (3%) e do Paraná (4%) são particularmente sensíveis" (GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, p. 62).

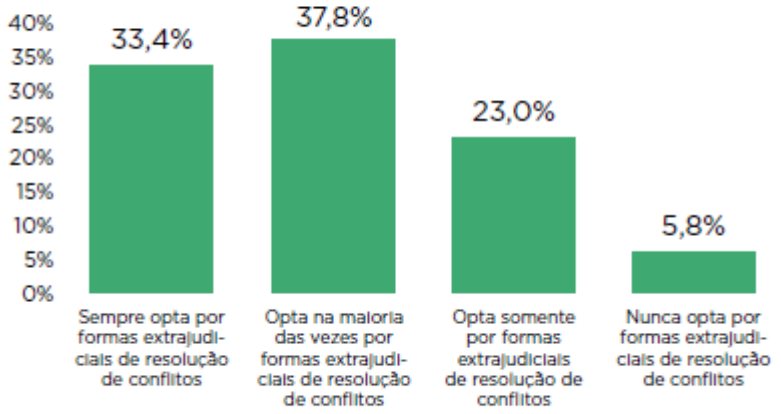
[301] GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, p. 25.

[302] GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, p. 35.

[303] Composto pelos índices de *muita autonomia* e *total autonomia*. Cf. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, p. 38.

[304] GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, pp. 42-43.

Gráfico 46. Utilização das formas extrajudiciais de resolução de conflitos pelos Defensores Públicos Estaduais



Fonte: Defensores Públicos Estaduais | IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015). População (N) = 5.512

Os índices no âmbito da Defensoria Pública da União não são tão diferentes, demonstrando uma certa unidade de pensamento em todos os âmbitos. Ainda que a estrutura varie bastante no comparativo dos órgãos[305].

Há notícias de participação da Defensoria Pública em técnicas extraprocessuais de solução de conflitos de ordem coletiva, como por exemplo na comarca de Marau/RS, onde problemas no fornecimento de energia elétrica (concessionária) e saneamento básico (prefeitura e concessionária) foram solucionados mediante diálogo e ofícios por parte da Defensoria Pública, sem a necessidade de ajuizamento de ação civil pública[306].

Tudo isso aponta para uma cada vez mais crescente atuação da Defensoria Pública, seja em âmbito estadual, seja em âmbito federal, para a tutela de direitos

---

[305] GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015, tabela 5, pp. 83-126.

[306] O exemplo foi cordialmente explicitado pelo querido colega Pedro Lobo, defensor público estadual atualmente lotado na comarca de Getúlio Vargas/RS, anteriormente lotado na comarca de Marau/RS.

coletivos, inclusive com a adoção paulatina de mais e mais técnicas de resolução extrajudicial. Nesse sentido, não há se fazer qualquer outra política que não a de incentivo para o pleno desenvolvimento das potencialidades da Defensoria Pública nessa área. Trata-se de instituição com amplíssimos poderes e com desejo de seus agentes para a construção de soluções mais adequadas aos conflitos que precisa enfrentar. Como pontuou o professor SARMENTO, "sem uma Defensoria Pública forte, bem estruturada, com recursos materiais e humanos adequados para o desempenho de sua missão constitucional, fica comprometido o gozo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis"[307].

É importante, assim, que os esforços para ampliação do aparato institucional da Defensoria Pública sejam mantidos, tanto para fornecer instrumentos a agentes públicos realmente interessados em influir positivamente no meio em que atuam, quanto para ampliar-se o rol de atores capazes de promover tais mudanças significativas, inclusive lutando contra ideais monopolistas de atuação de outros órgãos[308]. Como anotou José Augusto Garcia de SOUSA, "a legitimação coletiva evoca participação e poder [...]. Atribuir legitimidade significa atribuir capacidade de influenciar decisões no espaço público. Poder"[309]. O sistema de solução de conflitos ganha como um todo com a atuação de atores sérios e interessados.

3.4.5 – MINISTÉRIO PÚBLICO

[307] SARMENTO, Daniel. *Parecer: dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União*. Consulta e pedido de parecer pela Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF. *In*: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf, acessado e baixado em 06/08/2016, p. 7.

[308] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer* apresentado no Processo ADI 3943. *In*: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf, acessado e baixado em 28/03/2016, pp. 3-10, que consigna historicamente o interesse monopolista do Ministério Público no desenho institucional da República brasileira.

[309] SOUSA, José Augusto Garcia de. *A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 289-344, especificamente à p. 293.

Este, inconfundivelmente, o órgão público por excelência responsável por dinamizar a solução extrajudicial de conflitos coletivos. É, sem dúvida, um dos principais expoentes, ao lado do próprio Poder Judiciário, como pacificador de litígios coletivos junto ao Sistema de Justiça brasileiro. Atua nesse âmbito seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual.

O Ministério Público é instituição consolidada em nosso país, com longínquo histórico de desenvolvimento[310].

As Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos promotores de justiça, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal. Existiam, ainda, o cargo de procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de procurador da Fazenda (defensor do fisco). O Código de Processo Penal Imperial trouxe uma sistematização às atuações desses funcionários (agora imperiais). Em 1890, já no período republicano, adveio o Decreto 848, que regulamentou as atribuições do Ministério Público no âmbito federal, ainda que de forma bem sucinta.

Com o período que coincidiu, para nós, com as grandes codificações, o Ministério Público se consolidou como instituição própria, ainda que vinculada ao executivo. Todos os grandes códigos (civil de 1916, processual civil de 1939, penal de 1940 e processual penal de 1941) reconheciam o Ministério Público como instituição e lhe atribuíam competências legais. Demais disso, a lei federal de 1.341/1951 criou o Ministério Público da União, que se ramificava em Ministério Público Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho. O MPU pertencia ao Poder Executivo, ainda. Em 1981 adveio a Lei Complementar 40/1981 que regulamentou a organização do Ministério Público no âmbito estadual. Em 1993, criou-se a Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625/1993, reforçando a instituição.

---

[310] Seu desenvolvimento histórico mais detalhado pode ser consultado em: http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico, acesso em 01/02/2016, texto elaborado com base nos seguintes autores: LOPES, J. A. V. Democracia e cidadania: o novo Ministério Público. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000; MAZZILLI, H. N. Introdução ao Ministério Público . São Paulo: Saraiva, 1997; e SALLES, C. A. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, J. M. M. e MACEDO JÚNIOR, R. P. (Coord.). Ministério Público II: democracia . São Paulo: Atlas, 1999.

O Ministério Público sempre foi visto como o representante do povo e fiscal da lei nas ações penais públicas e privadas, bem como nas ações de família e demais espécies de atuação que a lei atribuía à entidade.

A sua expoência em relação aos demais órgãos públicos se dá em razão de sua absolutamente ampla finalidade institucional, o que lhe confere a possibilidade de atuar nos mais diversos ramos sem ferir a pertinência temática que deve atender à atuação coletiva de todos os órgãos.

No que interessa ao foco deste estudo, a atuação do Ministério Público passou a ser relevantíssima com o advento da lei 7.347/1985 que instituiu a ação civil pública. Três anos após a edição da Lei da Ação Civil Pública adveio a Constituição Federal de 1988, que passou a prever constitucionalmente a ação civil pública e o Ministério Público como instituição independente, autônoma e responsável por zelar pelo interesse público na condição de entidade essencial à atuação jurisdicional do estado e defensor da própria ordem jurídica, além do regime democrático e dos interesses coletivos, na forma do artigo 127 da norma constitucional[311].

A partir de então, viu-se uma grande preocupação do legislador ordinário no sentido de ampliar a tutela, pela via coletiva, dos mais diversos interesses que poderiam ser vistos coletivamente. Todas essas criações vinham escoradas numa legitimidade do Ministério Público como instituição capaz de representar os interesses públicos em juízo, mesmo contra o próprio Poder Público (de modo que representaria, ao menos em tese, o interesse primário em face do secundário).

---

[311] Constituição Federal.

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.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Diante desse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, passou a prever de forma inovatória[312]:

> Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:
>
> I - o Ministério Público;
>
> II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;
>
> III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.
>
> § 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.
>
> § 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.
>
> Art. 211. 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.

Este é o berço do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no país, e que foi mais amplamente admitido pelo Ministério Público do que por qualquer outra instituição. *De lege ferenda* é a primeira vez que se cogita a possibilidade de solução de um conflito mediante atuação única dos interessados, apesar de haver notícia de prática anterior, ainda que sem previsão legal[313].

---

[312] Nota tomada inclusive por ZANELLATO, Marco Antonio. *Termo de ajustamento de conduta – TAC: aspectos gerais e polêmicos*. 2008. *In* http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf, acessado e baixado em 21/10/2013.

[313] Reiteramos a notícia de que já em 1982 o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor paulista firmou Protocolo com a Associação Nacional das Lavanderias a fim de solucionar um conflito coletivo de ordem consumerista, como mencionado alhures no tópico em que tratamos da atuação dos entes públicos em geral. Ainda, mencionamos o exemplo dado por MAZZILLI envolvendo transação em execução de processo envolvendo o *Caso da Passarinhada do Embu* em 1984 (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 394).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o TAC passou a ser previsto de forma genérica também na Lei da Ação Civil Pública, especificamente no artigo 5º, §6º, da Lei 7.347/1985, conforme determinado pelo artigo 113 da norma consumerista[314]. Estava dado o arcabouço jurídico amplo para a atuação do Ministério Público a fim de atender extrajudicialmente as suas funções institucionais.

Não bastasse isso, ao Ministério Público é permitido instaurar inquérito civil, conforme já previsto em 1985 com a Lei da Ação Civil Pública. Trata-se de uma investigação de ordem administrativa, destinada a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública[315] ou outra atuação institucional[316]. Porém não se ignora que o instrumento serve também como forma de o Ministério Público instrumentalizar e documentar tratativas para, obtendo conhecimento do problema, trazer o debate para a sociedade e para o indiciado.

O inquérito civil, dada a legislação atual, e com os instrumentos de instrução do procedimento, somente é atribuído ao Ministério Público, como ferramenta exclusiva da instituição. Isso se dá em razão dos poderes requisitórios e investigativos dado pela lei ao órgão. Nada impede, e seria até mesmo recomendável[317], que a lei conceda tais poderes a outros órgãos para a tutela coletiva e para a tutela civil, porém não se têm ainda notícia de instrumento correlato com a amplitude dada ao Ministério

---

[314] A doutrina anota ter havido questionamentos sobre a vigência do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, em razão do veto ao §3º do artigo 82 da mesma norma que continha redação idêntica. Porém, não havendo veto implícito, e tendo a lei sido publicada sem nenhum veto específico ao artigo 113, entende-se que a norma adveio ao mundo alterando a Lei da Ação Civil Pública. A prática sedimentou o instrumento no ordenamento jurídico. A jurisprudência é uníssona quanto à sua admissão, a teor por exemplo do REsp 440.225/SP. Estudo amplo sobre o assunto consta de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 396-340.

[315] Dizeres de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 443.

[316] Res. 23/2007 CNMP, artigo 1º.

[317] Nesse sentido, DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 298-300. Porém, considerando inclusive que há ingerência na esfera de outros indivíduos, deve a lei conceder essa ampliação, mediante discussão pelo regular processo legislativo. Não é cabível que se permita a ingerência na esfera de outros indivíduos por meio de mera analogia ou ampliação interpretativa.

Público[318]. Como anota GAVRONSKI, o inquérito civil foi privativamente dado ao Ministério Público[319] pela legislação pátria (o que pode ser alterado, a meu ver, *ope legis*), tendo-lhe sido alçado à Constituição Federal no artigo 129.

É no âmbito do inquérito civil que há margem para a realização e documentação de audiências públicas, de notificações, de tomada de depoimentos, de redução a termo em ata de reuniões, para a reunião de toda informação que seja necessária ao esclarecimento do conflito de ordem coletiva. É também a partir de todos esses elementos que um acordo extrajudicial pode ser obtido de forma legítima e eficaz.

Nesse procedimento administrativo, o Ministério Público é dotado de poderes essenciais para garantir a lisura das negociações, permitindo ainda a obtenção dos maiores dados possíveis. A instituição possui todos os poderes instrutórios inerentes a uma atividade inquisitiva, inclusive podendo se valer de convocações para depoimento, condução coercitiva, vistorias *in loco*, acesso a dados de natureza pública e solicitação de apoio policial ou até mesmo de outros servidores da Administração Pública de forma temporária[320]. Os poderes são, portanto, amplos, tanto da esfera federal quando da esfera

---

[318] Não coaduno, assim, com o devido respeito, à crítica velada de DONIZETTI e CERQUEIRA quando aduzem que a doutrina "fortemente influenciada pelo corporativismo do Ministério Público" sustentou que o instrumento é exclusivo do *Parquet* (DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 284). A meu ver, não se trata de corporativismo, mas de constatação. Na superveniência de lei que defira os mesmos poderes a outros órgãos, a conclusão certamente será outra.

[319] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 296-297.

[320] Lei Complementar 75/1993:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

estadual[321]. Apesar de não ser recomendável, é possível inclusive a decretação de sigilo sobre o inquérito civil, enquanto durar a fase de levantamento de informações sensíveis e perecíveis – sendo que, findada esta etapa, o sigilo deve ser levantado, exceto quanto a dados protegidos por lei, a fim de possibilitar o conhecimento e a legitimação do procedimento extrajudicial. O procedimento é desformalizado e não-preclusivo, sendo a busca pelas informações o essencial no caso, até por dele não decorrer diretamente nenhuma espécie de punição a terceiros – não sendo, assim, um processo administrativo "jurisdicional", mas mero procedimento instrutório e informatizador.

A portaria de abertura do inquérito civil deve utilizar todos os elementos já disponíveis para identificar o objeto da investigação. Isso permitirá que, com a notificação do investigado acerca da abertura do procedimento, este possa exercer amplamente o contraditório no âmbito do inquérito e, com isso, gerar o maior número de elementos instrutórios para orientar a decisão do Ministério Público. Melhor instruída a discussão, permite-se maior previsibilidade das consequências jurídicas das condutas investigadas e, assim, um melhor ambiente de diálogo que pode culminar numa solução extrajudicial.

DONIZETTI e CERQUEIRA bem anotaram a importância de elementos na própria abertura do procedimento:

> Embora o inquérito civil não constitua espécie de acusação, faz-se necessário que o respectivo ato de instauração descreva, de forma precisa, os fatos *jurídicos* a serem investigados. Com isso, permitir-se-á a delimitação do âmbito das investigações e o controle da legalidade/legitimidade do próprio ato de instauração, uma vez que o inquérito civil só deve ser utilizado quanto o Ministério Público tiver

---

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial.

[321] Artigo 80 da Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625/1933.

> atribuição para propor demanda judicial em virtude do fato ilícito investigado.

De fato, a precisão da portaria instauradora do inquérito civil pode incentivar a rápida solução extrajudicial do conflito, ao prontamente denotar a ilicitude do ato e, assim, fomentar que as partes se aproximem para diálogo. Apesar de o inquérito civil nem mesmo ser necessário, e por vezes não haver elementos suficientes para consubstanciar a portaria, deve-se sempre ter por meta a maior informação possível.

O inquérito civil (*rectius*: todo o princípio de informação[322]) possui tanta relevância na sistemática de atuação do Ministério Público que o artigo 9º da Lei 7.347/1985 impõe uma reapreciação do Conselho Superior a que vinculada a autoridade ministerial. Além disso, fomenta o princípio da participação, ao prever que até que o Conselho Superior ratifique a decisão de arquivamento, todos os demais legitimados podem apresentar arrazoados e provas documentais. Mais: para possibilitar a efetiva atuação do *Parquet*, acaso o Conselho Superior não concorde com o arquivamento, deverá designar outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. O instrumento é, por ser excepcional e, atualmente, exclusivo, valorizado pela legislação e pelo próprio órgão, na prática.

O inquérito civil ainda obsta a decadência[323] quanto ao direito potestativo de reclamação dos vícios constatados em produtos ou serviços consumeristas, além de poder colher elementos que instruam tanto uma ação de ordem civil quanto processos criminais.

---

[322] A expressão, de GAVRONSKI (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*), bem denota o cuidado da lei, pois não só o arquivamento do inquérito civil, mas de toda peça informativa, sujeita-se ao rito do artigo 9º da Lei da Ação Civil Pública.

[323] Obstar a decadência não é, a meu ver, o mesmo que suspender o prazo decadencial. O artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor aponta que obsta a decadência a instauração do inquérito civil, até seu encerramento. O Código Civil aponta que a decadência não tem seu prazo nem suspenso, nem interrompido. Aponte-se que as causas suspensivas de prazos são previstas na legislação, ao passo ainda que a interrupção de prazos se dá apenas uma única vez. Ao optar o legislador consumerista por obstar a decadência, apontou que não se trata de suspensão, devolvendo-se assim o prazo na íntegra ao interessado, nem de interrupção, pois pode ocorrer mais de uma vez. Trata-se de ferramenta *sui generis*. Não há consenso doutrinário civilista sobre o tema.

Em se tratando de procedimento administrativo, e não de processo administrativo visando a decidir uma punição ou sanção, não há necessariedade do contraditório no curso de seu desenrolar[324]. Entretanto, bem pontuou GAVRONSKI, considerando-se a necessidade de criação de um consenso e até mesmo de uma busca pela legitimação de soluções extrajudiciais de conflitos, em especial o coletivo que possui vários legitimados e interessados, é extremamente importante que o *Parquet* garanta o exercício do contraditório para todos os interessados (não só ao indiciado, mas também a todos os demais colegitimados e interessados), como constou de seu estudo[325]:

> Essa natureza inquisitória não impede que o Ministério Público, numa postura direcionada à construção do consenso e de inequívoco interesse para a efetividade da tutela coletiva, atentando aos princípios da *máxima efetividade possível* e *da concretização dos direitos e interesses coletivos por meio da construção argumentativa do consenso*, oportunize vista dos autos do inquérito e faculte manifestação àquele que foi identificado como responsável pela lesão ou ameaça aos direitos e interesses coletivos, oportunidade que de regra seria melhor aproveitada se deferida ao final da instrução, mas que pode ter lugar em seu curso se tanto se justificar.

Seja no âmbito do inquérito civil, seja mesmo quando dispensado, a tutela extrajudicial pode ser obtida mediante dois instrumentos notórios autônomos, mas usualmente utilizados durante o inquérito ou ao seu final: a recomendação e a audiência pública.

A Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625/1993, previu ao órgão o poder legislativamente expresso de *recomendar* a adequação de conduta por parte de poderes estaduais ou municipais, órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. As recomendações podem ser acompanhadas de requisição, ao recomendado, de publicação adequada e imediata do conteúdo, assim como resposta

---

[324] A jurisprudência assim se assentou. *V.g.*, REsp 448.023/SP, órgão julgador: 2ª Turma, Min. Relator: Eliana Calmon, j. 20/05/2003.

[325] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 301.

por escrito[326]. Trata-se de instrumento importante, seja para iniciar tratativas para soluções extrajudiciais de conflitos, seja para efetivamente evitar esses conflitos, permitindo ao recomendado a adequação espontânea consentânea com o expresso na recomendação, ante a força institucional do Ministério Público[327].

O promotor Rodrigo Otávio Mazieiro WANIS destacou em artigo que a recomendação atua numa escala de progressão de atuação institucional do *Parquet* como instrumento inicial de tentativa de solucionar um conflito. Anota que pode consubstanciar uma orientação para fazer algo, ou deixar de fazer algo, sendo importante como propiciadora de efeitos indiretos para a atuação preventiva do conflito, pois serve a recomendação para (i) orientar juridicamente as condutas dos recomendados, (ii) influenciar psicologicamente os recomendados quanto às suas próximas condutas, (iii) impulsionar que os recomendados se posicionem sobre o conteúdo da recomendação, (iv) solucionar extrajudicialmente conflitos por espontaneidade dos recomendados em seguir o conteúdo da recomendação, (vi) melhor caracterizar, caso não atendida a recomendação, a conduta dolosa ou gravemente culposa dos agentes recomendados para fins de facilitar a responsabilização civil e criminal dos mesmos e (vii) para orientar a

---

[326] Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625/1993.

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais ou municipais;

II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;

IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

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.

[327] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 370-375.

atuação institucional do próprio Ministério Público quanto ao que fazer sobre determinada situação (prosseguir com inquérito e ajuizamento de ação, perseguir um acordo extrajudicial etc.)[328].

Trata-se da função de *Ombudsman*[329] usualmente atribuída ao Ministério Público[330].

Infelizmente, assim como pontuou o mesmo WANIS[331], o promotor Raul de Mello FRANCO JÚNIOR anotou em breve artigo apresentado em Congresso do MPSP[332]:

> Munidos de uma série de instrumentos aparentemente mais eficientes, os membros dos Ministérios Públicos do Brasil relegaram ao esquecimento a "recomendação". O que para os *Ombudsmen* de todo o mundo constitui um arma preciosa e singular, para o *Ombudsman* brasileiro soa como algo aparentemente banal. Parece pairar sobre ela certa sensação de fragilidade, de pouca valia, de perda de tempo, de adorno inútil que não se compraz com o vigor da instituição ou com aquilo que os autores de certos atos realmente merecem. A ideia deturpada de sua utilidade talvez tenha origem em pressupostos equivocados como "o MP deve priorizar o uso de ações judiciais" e "não cabe ao MP fazer aconselhamentos".

---

[328] WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A intervenção preventiva extrajurisdicional do Ministério Público no combate à corrupção – escala de ação progressiva como fator de emancipação social*. III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, Livro de Teses, pp. 9-19, 2015, p. 14.

[329] Expressão sueca que normalmente traduzida como *representante do povo*.

[330] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 463.

[331] "Por isso tudo, o uso da recomendação deve ser comedido, sob pena de banalizar-se o poder extrajurisicional de solução de ilicitudes do Ministério Público e reduzir sua eficácia." (WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A intervenção preventiva extrajurisdicional do Ministério Público no combate à corrupção – escala de ação progressiva como fator de emancipação social*. III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, Livro de Teses, pp. 9-19, 2015, p. 14)

[332] FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *A importância do instituto da "recomendação" na tutela do patrimônio público e social.* I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, Livro de Teses, Tese 11, 2010, *in*: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico/Raul%20de%20Mello%20Franco%20-%20A%20import%C3%A2ncia%20da%20recomenda%C3%A7%C3%A3o.doc, acessado e baixado em 05/06/2016, p. 2.

O Ministério Público deve assim, repensar tanto o esquecimento da recomendação quanto o abuso do uso do instrumento, de modo que não seja abandonado, nem porém banalizado. A força institucional do Ministério Público tem condições de dar grande efetividade às recomendações, inclusive atendendo ao princípio da eficiência insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Já quanto à audiência pública, prevista tanto na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei 9.784/1999, artigo 31 e seguintes, assim como na Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625/1993, artigo 27, parágrafo único, IV, tanto quanto em inúmeros instrumentos esparsos que não há necessidade de citar, e aplicável na tutela de interesses coletivos por analogia, a utilidade é ainda maior. Trata-se de possibilitar a todos os interessados, sejam colegitimados, sejam indiciados, sejam órgãos públicos indiretamente relacionados, o debate, a troca de ideias, a fim de construir um consenso e, assim, uma solução para resolver os problemas analisados no inquérito. A audiência pública como instrumento de fomento à solução extrajudicial já foi citada neste estudo, especialmente no âmbito das agências reguladoras, e a lógica mantém-se, com o detalhe de que o Ministério Público felizmente não sofreu a captura de interesses que aquelas autarquias comumente exibem.

Rege-se a audiência pública pelos princípios da publicidade, oralidade, simplicidade e gratuidade. Não se atém, assim, a regras de legitimação estritas do processo judicial e da legislação que regula a tutela coletiva, permitindo a ampla participação dos mais diversos interessados, de forma oral (ou escrita, quando estamos diante de *consulta* pública) e direta, numa sessão que conta com representantes de todos os interessados.

Apesar de a audiência pública não ser restrita ao Ministério Público[333], notoriamente é um dos órgãos que mais a realizam com o fim de solucionar questões de conflito coletivo. E ainda que todos os convidados não compareçam (pois não são a isso

---

[333] GAVRONSKI aponta a ampla possibilidade de utilização por qualquer legitimado, pois não há lei que restrinja a um ou outro. A existência da previsão legal não é de privação aos demais entes, no caso, e inclusive ainda é prevista a utilização também pela Defensoria Pública. Cf. GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 332.

obrigados), certamente aqueles que comparecerem poderão contribuir para a proposição de soluções que ampliarão o grau de legitimidade de qualquer acordo advindo extrajudicialmente – em verdade, oportunizam, inclusive, a assinatura conjunta desse acordo, quando instrumentalizado, por todos os participantes das audiências.

São estes os instrumentos dados ao Ministério Público para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta (ou não, no caso de mera submissão da parte *ex adverso*) e a sua participação extraprocessual coletiva é essencial. Segundo dados do Ministério Público de São Paulo[334], para o primeiro semestre do ano de 2016, foram celebrados 532 compromissos de ajustamento de conduta relativa a direitos difusos no estado de São Paulo, frente a 1.415 ações civis públicas ajuizadas, ou seja, quase um quarto das questões coletivas puderam ser solucionadas por meio extrajudicial, o que é um número considerável dada a resistência que ainda existe no meio e o *glamour* que a ação civil pública ainda possui como atrativo para atuação dos legitimados. Além disso, nada menos que 8.247 inquéritos civis foram abertos no que tange a direitos difusos, demonstrando a amplitude do instrumento e seu potencial solucionador.

Dados coletados pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPJ possibilitou a conclusão do seguinte quadro, em relação à atuação do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Ministério Público de São Paulo para o triênio 2002-2005:

---

334 http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/SICEstatistica/Difusos/TACCelebrados/TACC2016/TAC%20-%202016%20-%20JANEIRO%20A%20JULHO-GERAL.ods; http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/SICEstatistica/Difusos/InqueritosCivisInstaurados/Ici2016/IC%20-%20INSTAURADOS%20-%202016%20-%20JANEIRO%20A%20JULHO.ods; e http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/SICEstatistica/Difusos/AcoesCivisAjuizadas/Aca2016/A%C3%87%C3%95ES%20CIVIS%20AJUIZADAS%20-%202016%20-%20JANEIRO%20A%20JULHO.ods, todos acessados pela última vez em 01/12/2016.

Tabela I: Atuação do MPRS e MPSP – quadro comparativo

Procedimentos preparatórios de ACP instaurados	Média Anual 2002-2005
MPRS	7485,5
MPSP	4700,0
MPMT	1816,4
Termos de ajustamento de conduta firmados	
MPRS	2552,5
MPSP	1925,0
MPMT	11,6
Termos de ajustamento de conduta objeto de execução judicial	
MPRS	533
MPSP	352
MPMT	n/i
Ações civis públicas ajuizadas	
MPRS	1198,5
MPSP	2639,5
MPMT	475,6

A conclusão do CEBEPEJ indicou que infelizmente o Ministério Público do Mato Grosso não possuía ampla concretização extrajudicial de direitos coletivos firmada por termos de ajustamento de conduta; porém, percebe-se que em relação ao *Parquet* paulistano e ao seu correspondente gaúcho, as relações de procedimento preparatório *vs.* compromisso de ajustamento de conduta nos órgãos é de 2,44 e 2,93 respectivamente. Em suma: respectivamente 40,1% 34,1% dos procedimentos preparatórios culminaram em solução extrajudicial do conflito. Dessas soluções extrajudiciais, apenas 18,3% e 20,9% respectivamente não foram adimplidas espontaneamente de forma total, como representado na tabela de execução judicial. Os valores são médias anuais do triênio 2002-2005[335].

O Ministério Público é o órgão por excelência para a defesa dos interesses difusos, inclusive extrajudicialmente, e dispõe de inúmeros elementos que já fomentam

[335] BRASIL. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais: ações coletivas – Relatório Final*. Ministério da Justiça. Brasília, 2007. *In*: http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf, acessado e baixado em 05/04/2016, p. 31; para um conhecimento mais aprofundado dos resultados da pesquisa, v. pp. 29-53.

essa defesa. Precisa ser, apenas, cristalinamente institucionalizada e ampliada a solução extrajudicial não só dentro do próprio *Parquet*, mas também para servir de exemplo para outros órgãos, a fim de se dar difusão à técnica e, com isso, ampliar sua utilização quando couber, observada a adequação desta à tutela pretendida.

CAPÍTULO 4 – DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS E DA SUA APLICABILIDADE NA VIA COLETIVA

Os métodos tradicionais de solução extrajudicial de conflitos são usualmente categorizados de acordo com a participação ou não de um terceiro facilitador, bem como o grau de intensidade dessa participação, bem como a existência de poder decisório deste terceiro.

Não se desconhecem outras variantes apresentadas pela doutrina especializada, como *minitrial*, *summary jury trial*, *rent a judge*, *early neutral evaluation*, dentre outros[336].

Entretanto, restringir-se-á este estudo às quatro espécies mais disseminadas e utilizadas na atualidade, inclusive porque a prática das soluções por métodos alternativos no Brasil vem calcada nestas quatro modalidades, sem ignorar que, em verdade, muitas dessas outras técnicas são mesclas ou diretamente derivadas das matrizes ora apontadas: negociação, mediação, conciliação e arbitragem.

---

[336] Conforme pontuou existentes CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013, p. 42; sobre o tema, aliás, houve abordagem em parte, ainda que não tenha sido o foco da obra, por parte de SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis. Tese de doutorado apresentada na UFSC, 2010, pp. 139-140.

Analiso, neste capítulo, estes métodos notórios, ponto a ponto, bem como sua utilidade abstrata na via coletiva, sem perder de vista o que já ensinado por GABBAY em duas oportunidades[337], no sentido da adequação da técnica dever ser analisada caso a caso.

4.1 – DA NEGOCIAÇÃO

A negociação é caracterizada pela ausência de participação direta de um terceiro, nem mesmo como facilitador de comunicação, pois não há necessidade dessa intervenção[338]. Geralmente, a negociação é possível quando não há um grau exacerbado de animosidade entre as partes, de modo que ainda é possível a elas, *sponte propria*, sentar-se e debaterem o problema com maturidade e de forma construtiva.

A negociação é inerente à condição humana, em maior ou menor grau. Considera-se que a habilidade negocial humana já se mostra na primeira infância, quando a criança utiliza-se do choro para conquistar o auxílio dos pais na satisfação de seu interesse. Trata-se de um choro não-qualificado, pois não existe dor, nem um estado de necessidade, nem uma situação de desespero ou de grave emoção: sua única intenção é chamar a atenção dos pais e conferir à criança uma posição de vantagem que possa ser negociada. Os pais, oferecendo à criança o bem desejado, recebem em contrapartida o silêncio da mesma.

A utilização da negociação é a premissa básica para qualquer construção consensual. O consenso somente é obtido mediante negociação, sendo inerente à própria troca de ideias. A avaliação das posições de vantagem de cada negociador pode tornar a negociação mais ou menos complexa, gerando desde meses de debate, no primeiro caso,

---

[337] GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011, p. 81; GABBAY, Daniela *et al. Meios alternativos de solução de conflitos*. Série Direito & Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2013, pp. 09-10.

[338] CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013, p. 43.

até mesmo à mera aceitação, no último caso. Essa análise depende de cada caso concreto e da força institucional de cada interlocutor.

Encarar a negociação direta como um meio de resolução de conflitos, não banalizando a técnica, é importante tendo em vista que a sua presença se verifica nos demais métodos consensuais. Em verdade, todos os demais métodos consensuais são sofisticação da negociação básica. Como anotou Luciana Moessa de SOUZA, "a principal diferença entre mediação e negociação é a presença de um terceiro facilitador, tanto que muitos denominam a mediação de simples "negociação facilitada"[339].

Em se tratando de conflitos coletivos, a negociação é possível pois via de regra não há, por parte do ente legitimado coletivamente, animosidade que impeça a negociação direta. Muitos dos legitimados são órgãos públicos que possuem por função institucional a defesa de dados interesses de ordem coletiva, mas não são necessariamente afetados diretamente pela conduta do violador dos direitos. Isso permite um certo grau de serenidade que facilita a construção amistosa de uma solução, ou ao menos o convencimento de sujeitar a disputa a um dos demais métodos de solução alternativa.

Isso porque, em verdade, na maioria das vezes não é possível pré-negociar os métodos de solução de conflitos coletivos, já que estes não se caracterizam pela prévia negociação das partes, mas sim pelo acesso direto e comum ao bem (como por exemplo o meio-ambiente) ou por contratos de adesão (relação de consumo em massa). A exceção se dá a grupos categorizados mantidos em relação contínua, em que um representante coletivo pode se sentar e passar a prever métodos de solução para conflitos futuros – o melhor exemplo são as relações trabalhistas, em que normas coletivas podem indicar que conflitos entre sindicato de trabalhadores e empregador (ou sindicato de empregadores) devem seguir um desenho de solução de disputa específico.

Considerando a regra geral de impossibilidade de pré-pactuação de desenho de solução de disputas, qualquer adoção de técnicas extrajudiciais para a solução depende de uma prévia negociação que envolva a aceitação de ambas as partes para a

---

[339] SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis, 2010. Tese de doutorado apresentada na UFSC, p. 118.

submissão do caso ao método. A se ignorar essa prévia negociação, o caso desaguará no Judiciário, que poderá sugerir a adoção desses métodos às partes, mas que mesmo assim não serão obrigadas a admitir a submissão do caso à extrajudicialidade. É a negociação que dará a pedra fundamental para admitir a utilização de todas as demais técnicas.

De acordo com GALANTER[340], a pirâmide dos conflitos possui em suas camadas mais baixas aqueles conflitos não sempre exteriorizados em disputa judicial. No âmbito do processo coletivo, a negociação pode ter ensejo já no momento do advento da disputa – ainda não judicializada –, ou seja, após a constatação de um prejuízo e de esse prejuízo ser comunicado ao autor da lesão sem que este a solucione espontaneamente de plano. Essa negociação pode apontar a direção de novos métodos de solução, se por meio da própria negociação não for possível atingir uma solução adequada.

Vantagem do método negocial é a participação direta do legitimado coletivo e do autor da violação na construção da solução. Tende a ser o método que mais legitima a solução construída entre as partes, propiciando maior adimplemento da prestação fixada.

A negociação deve ser utilizada, via de regra, como método inicial de tentativa de construção consensual da solução do conflito coletivo. Apenas na sua incapacidade de progredir as tratativas, seu objetivo deve ser transmudado para possibilitar o redirecionamento do caso a outros métodos mais sofisticados.

Sem prejuízo, a negociação deve se dar com o maior número de elementos fáticos já angariados pelos negociantes, para a compreensão da completa extensão do problema. Por tal razão é que a busca pela informação, como por exemplo mediante inquérito civil ou requisição de documentos, é essencial antes da finalização da construção consensual, mesmo mediante negociação.

---

[340] GALANTER, Marc. *Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about tour allegedly contentious and litigious society.* 31 UCLA Law Review n.4. October, 1983, pp. 12-13 do artigo.

Da mesma forma, a negociação deve ser realizada de forma pluralista sempre que possível. Quanto maior o número de legitimados coletivos participarem das sessões negociais, mais bem aceita será a solução, assim como será até possível já saber se eventual solução proposta será questionada em juízo, acaso um dos legitimados não aceitá-la. A ampliação e a publicização do debate é essencial para trazer maios eficiência ao método de solução extrajudicial do conflito coletivo.

É importante consignar, como já anota GAVRONSKI, que a solução construída pela negociação (e por quaisquer outros métodos) não precisa resolver a totalidade do conflito. Pode resolver partes do conflito, relegando outras partes onde não houver consenso a outros métodos de solução – inclusive a adjudicação. "É preciso ter em mente que essas técnicas não são a última instância de proteção dos direitos e interesses coletivos, mas ao contrário, muitas vezes apenas precedem as tutelas [...]"[341].

A negociação pode caminhar em diversas premissas. Luciane Moessa de SOUZA as indicou em seu estudo[342], com base na tese de doutorado da juíza argentina e professora da Universidade de Buenos Aires – UBA Gladys Stella Álvarez, e convém repisar.

A estratégia de negociação pode ser a de competição entre os atores. Neste caso, o interesse dos atores é alcançar seus interesses próprios (sendo os do legitimado coletivo, aqueles presumidos como sendo os da coletividade) a todo custo. A tendência da solução, neste caso, é uma relação *perde-ganha*, geralmente obtida pelo abuso do poderio institucional de um ator sobre o outro. Isso porque a maximização dos ganhos de uma das partes negociantes acaba por implicar perdas às demais partes. Não é uma boa estratégia de negociação quanto a conflitos coletivos pois tende a ser aceita sob as formas criticadas por Owen FISS que já abordamos no capítulo 3 deste estudo, impulsionando o inadimplemento da construção e por vezes sua resistência em juízo, até mesmo porque

---

[341] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

[342] SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis, 2010. Tese de doutorado apresentada na UFSC, pp. 118-119.

advém menos do consenso e mais do abuso de poder de uma das partes. Ou seja, apesar de *in abstrato* gerar o maior benefício aos interesses coletivos, *in concreto* pode trazer inúmeros problemas colaterais que inviabilizem no plano prático a tutela teoricamente obtida, ocasionando até mesmo mais pontos de litígio e trazendo inclusive o retardamento da solução efetiva.

Outra estratégia negocial é a pautada na concessão, onde há maior atenção às relações entre as partes e menos com os ganhos obtidos com a negociação pelos atores. Neste caso, a tendência da solução construída é gerar resultados de *ganha-ganha*, não havendo abuso de poderio institucional por parte de qualquer dos atores negociantes, porém não havendo maximização dos resultados por nenhuma das partes. Para os conflitos de ordem coletiva, a estratégia é prudente, desde que não se olvide da impossibilidade de transacionar o núcleo duro dos direitos e interesses coletivos. A sensibilização com a situação daquele que infringiu os interesses coletivos pode gerar empatia e maior aceitabilidade do acordo. Nessa hipótese, podem ser sopesados prazos, multas e outras punições em geral, além do modo de adimplemento, o que gera ao lado do violador dos direitos um ganho de eficiência, ao passo que se permite um melhor adimplemento e maior legitimidade à solução angariada.

Enumera-se ainda a negociação por meio de evitar o confronto. Nesse caso, há pouco interesse tanto em efetivamente obter um ganho quanto em manter-se relações amistosas. O interesse maior é apenas em eliminar o conflito, pouco se importando com os ganhos ou com a posição do alheio. A solução obtida costuma ser representada pela modalidade *perde-perde*, quando há interesses comuns que precisam ser resolvidos e construídos conjuntamente, ou *perde-ganha*, quando há a necessidade de prestação apenas de um dos lados da negociação (situação em que aquele que deveria prestar ganhará, a despeito do prejuízo do credor). Para a tutela coletiva, trata-se de estratégia absolutamente inapropriada, haja vista que o legitimado coletivo não pode se distanciar da construção de solução eficiente, posto que deve atuar adequadamente[343]

[343] Para utilizar terminologia amplamente adotada por DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, *passim*, em contraponto à expressão "representação adequada" importada do direito estadunidense pela majoritária doutrina nacional.

como ofício; sua intenção não pode ser eliminar, pura e simplesmente, a disputa, mas fazê-lo de forma satisfatória, tanto para o atingimento de seus fins institucionais, quanto para não impulsionar a atuação por outro colegitimado. Mesmo que a postura de distanciamento seja adotada pelo violador dos direitos coletivos, o que potencializaria um maior ganho por parte da coletividade, mais uma vez repisamos: apesar de *in abstrato* gerar o maior benefício aos interesses coletivos, *in concreto* pode trazer inúmeros problemas colaterais que inviabilizem no plano prático a tutela teoricamente obtida, ocasionando até mesmo mais pontos de litígio e trazendo inclusive o retardamento da solução efetiva, dessa vez em razão do desinteresse por parte do devedor da prestação em corretamente adimpli-la. Por vezes, aliás, a solução pode ser inexequível ao devedor, já que sua intenção era apenas eliminar a disputa, não verdadeiramente solucionar o problema: este ressurge sobre novas facetas no futuro.

Cite-se ainda a negociação pelo meio-termo, em que se sopesam os interesses pessoais e os relacionais. Neste caso, a construção tende a caminhar para um *ganha-ganha*, preocupando-se tanto com o atingimento de metas como com a manutenção do clima amistoso entre as partes. Em termos de tutela coletiva, trata-se de adequada estratégia que visa a compor os mais diversificados interesses. Tendo sempre em mente a transacionabilidade do núcleo duro dos interesses coletivos, a obtenção de um meio termo em relação aos aspectos laterais envolvidos traz uma satisfação ao devedor, que tende a cumprir de forma mais simpática a solução construída, ao passo que garante ao final a efetividade da tutela.

Por fim, há a estratégia de colaboração. Nesse caso, a solução é efetivamente construída por todas as partes. Todos se sensibilizam com a questão e buscam a melhor forma de equacionar os interesses. Mais: enxergam interesses comuns que devem ser salvaguardados. A tendência é obter resultados *ganha-ganha* com ampla satisfação pela solução adotada. Num modelo de solução de disputas que envolvem interesses coletivos, o método é o ideal para a produção de resultados mais satisfatórios. Assim, por exemplo, como o caso da empresa que expõe a risco seus consumidores por lançar no mercado produto inadequado ao consumo. Há interesses comuns na retirada do produto do mercado, o que facilita as tratativas negociais inclusive em relação às demais obrigações, pois interessa ao legitimado coletivo fazer cessar o quanto antes a exposição a tais riscos, assim como interessa à empresa também fazê-lo, seja por questões de

imagem pública, seja como para evitar posteriores demandas repetitivas que geram custos associados à gestão processual e à defesa judicial. Além disso, há interesse na reparação justa, para mais uma vez satisfazer o interesse da coletividade e, *pari passu*, passar uma boa imagem da empresa junto ao seu mercado consumidor.

Toda essa construção caminha no sentido defendido por Fernanda TARTUCE em sua obra *Mediação nos conflitos civis*[344] como profícuo para a solução extrajudicial da controvérsia.

Todas essas estratégias de negociação não poderão ser definidas antecipadamente, e deverão em verdade ser analisadas caso a caso, observadas as peculiaridades de cada conflito. Sem prejuízo, porém, tê-las em mente é importante para definição dos rumos a serem adotados e, até mesmo, para identificar se a negociação está caminhando de forma insatisfatória (ao permitir que as próprias partes percebam que estão adotando posturas inadequadas para a construção consensual de uma boa solução, como no caso da estratégia de evitar o confronto) e se não é o caso de redirecionar o conflito a outros métodos de solução, sejam extrajudiciais – e que serão abordados a seguir – sejam judiciais.

4.2 – DA MEDIAÇÃO

Retomamos: como anotou Luciana Moessa de SOUZA, "a principal diferença entre mediação e negociação é a presença de um terceiro facilitador, tanto que

[344] Ainda que esteja tratando especificamente da postura do mediador na mediação, é inegável que os valores de consenso e cooperação são pertinentes às partes, cabendo ao mediador fomentar tais qualidades, razão pela qual o intuito é aplicável à nossa ótica da negociação. Cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pp. 207-210.

muitos denominam a mediação de simples "negociação facilitada"[345]. Fernanda TARTUCE conceitua a mediação[346] como sendo

> [...] meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Trata-se, portanto, de técnica para a construção de uma solução ao conflito pelas próprias partes. O mediador não interfere na solução obtida, mas na obtenção da solução. Sua tarefa, assim, não é dirimir diretamente o conflito, mas orientar a conduta das partes para a construção consensual da solução.

Por tal razão, o mediador e a mediação deve observar alguns princípios de funcionamento.

Primeiramente e mais importante: a voluntariedade. As partes devem saber que a mediação não deve obrigatoriamente gerar uma solução do conflito. Em muitos casos, sequer a instauração de sessão de mediação não deve ser obrigatória, mas decorrente de escolha das partes.

Como forma de construir uma cultura de adesão dos jurisdicionados aos meios alternativos de solução de conflitos, inclusive para atender ao que dispõe o Novo Código de Processo Civil[347], o artigo 334 da atual norma procedimental geral impõe a designação de audiência de mediação, a qual será dispensada *a priori* apenas se não se

---

[345] SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis, 2010. Tese de doutorado apresentada na UFSC, p. 118.

[346] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 176.

[347] Novo Código de Processo Civil.

Artigo 3º. [...].

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

admitir a autocomposição na solução da *quaestio sub iudice*, podendo ser dispensada pelas partes apenas posteriormente à citação do réu com a designação da apontada audiência, mediante expressa manifestação de todas as partes o desinteresse na composição. Em suma: se uma das partes ao menos silenciar, o comparecimento a uma sessão de mediação é dever da parte, que se não se desincumbir deste poderá ser sancionada por atos atentatórios à dignidade da justiça com multa de até 2% sobre o valor da causa.

Certamente tal previsão mitiga em um certo tanto a autonomia da vontade para a instauração da sessão de mediação, impondo, com o mero silêncio de uma das partes, a necessariedade de comparecimento de todos, mesmo daqueles que manifestaram seu desinteresse. A norma, porém, tem sua razão de ser justamente na tentativa de impregnar nosso sistema de justiça e a própria mentalidade dos jurisdicionados com a cultura do acordo, em contraponto à cultura da sentença[348] hoje vigorante.

De toda forma, a lei não impõe – e nem poderia fazê-lo, sob pena de violação à inafastabilidade da jurisdição – que as partes consigam obter uma solução construída mediada. Esta fica efetivamente relegada ao convencimento pessoal das partes sobre eventuais soluções encontradas lhes serem suficientemente satisfatórias. Portanto, mesmo a obrigatoriedade de comparecimento à mediação no caso de silêncio ou de concordância de uma das partes não implica afastamento pleno da autonomia da vontade, mas mero diferimento. Foi o que bem andou o artigo 2º, §2º, da Lei de Mediação, Lei 13.140/2015.

A opção brasileira é temperada, considerando-se que poderia ter sido mais radical e efetivamente obrigar a mediação mesmo que todos se rejeitem a participar, como ocorre por exemplo pela Lei 24.573/1995 vigente na República Argentina[349], que

---

[348] Mais uma vez, a excelente expressão cunhada por Kazuo Watanabe.

[349] Ley 24.573/1995, República Argentina.

ARTICULO 1° — Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

excepciona a necessidade de mediação apenas em causas específicas, tais como as que cuidam das ações de estado, os procedimentos cautelares, os procedimentos sucessórios etc., mostrando-se muito mais radical.

O mediador deve ser uma figura imparcial, ou seja, não pode ter vínculos estreitos com as partes, nem interesse no resultado do litígio, nem qualquer outro elemento que possa descredibilizar a atuação do mediador. A razão é lógica: o terceiro facilitador da comunicação deve ser neutro, justamente para permitir uma reconstrução das pontes de diálogo entre as partes (ou a própria construção, caso a questão não decorra de uma relação espontaneamente, mas apenas acidentalmente, instaurada), do contrário uma das partes pode não admitir a atuação por enxergar no mediador uma prolongação da própria parte *ex adverso*.

Sobre o tema, inúmeras câmaras de mediação possuem normas estritas voltada aos mediadores, impondo-lhes o dever funcional de declinar quaisquer possíveis conflitos de interesse, inclusive para despertar a confiança de todas as partes quanto à sua lisura e seu potencial neutralizador da animosidade. Nesse sentido, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá é um exemplo: o Centro de Arbitragem e Mediação (CAM-CCBC) impõe no artigo 3.7 do seu Regulamento de Mediação que o mediador deverá responder às questões postas no Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade. Da mesma forma, o Código de Ética de Mediação do instituto impõe, além da resposta ao Questionário, também a revelação espontânea de interesse ou relacionamento com as partes e seus procuradores que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que os participantes tenham elementos para avaliar sobre a sua permanência no procedimento.

Não há impedimento para que em eventual ação já ajuizada pelos meios adjudicatórios disponíveis, o próprio julgador adote postura mediatória, visando aproximar as partes e evitar a solução adjudicada, se esta se mostrar menos adequada e aparentar estar sendo utilizada não pela sua consentaneidade com o conflito *sub iudice*, mas sim em razão do distanciamento das partes. Entretanto, não é adequado que o

---

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

julgador seja um mediador em si, presidindo uma etapa procedimental de mediação, pois isso não deixará as partes confortáveis para amplamente dialogar perante o mediador-julgador, justamente em razão do (justo) receio de que o que vier a ser dito poder macular a imparcialidade do futuro julgador em caso de mediação infrutífera[350].

Também o mediador deve ser uma figura independente, ou seja, não pode sofrer pressões internas ou externas para conduzir o procedimento de forma a favorecer uma das partes. Por tal razão é, inclusive, permitido ao mediador encerrar *ex officio* a mediação, se reputar que a mesma não será mais proveitosa (tornando despiciendas pressões que visem a prolongar inutilmente o procedimento). Além disso, possui poderes de encerrar e convocar sessões de mediação. Da mesma forma, podem recusar o compromisso de mediação, seja antes, seja no curso do procedimento. Tudo para que se garanta sua independência funcional e, com isso, não violar a imparcialidade que lhes é exigida, bem como não lhes tolher o livre exercício do encargo.

Prevê-se também como princípio geral da mediação a confidencialidade. Esta se apresenta como a impossibilidade de se utilizar o conteúdo da mediação em outras searas que não o seu próprio âmbito: não é permitido a nenhum dos participantes (partes, mediador, ou mesmo terceiros potencialmente envolvidos e que tomaram ciência do conteúdo) a divulgação do material levantado na mediação, nem a utilização do conteúdo da mediação seja de forma midiática, muito menos ainda de forma judicial. A confidencialidade possui duas vantagens: (i) confere liberdade às partes para dialogarem de forma franca, ainda que signifiquem reconhecer posições de desvantagem, de modo a obter uma solução construída de forma transparente e satisfatória; (ii) impede a divulgação de fatos sensíveis aos envolvidos para terceiros que deles possam se aproveitar ou ainda que possa influenciar a relação dos envolvidos com esses terceiros.

---

[350] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 181, anota que "além de impactar negativamente na autodeterminação das partes, uma atuação avaliadora do mediador poderá acabar afetando sua imparcialidade. [...] ainda que não seja efetivamente parcial, há o risco de ele soar como tal perante um dos interessados, o que poderá comprometer a continuidade do procedimento".

Mas, em sede de litígios de ordem coletiva, essa confidencialidade sofre mitigações? A resposta nos parece ser positiva. Não se coaduna com a coletividade a absoluta confidencialidade que se garante nos conflitos de ordem privatista que sejam objeto dessa técnica. Isso não significa, porém, que a confidencialidade ficará, em todo, prejudicada. Há de se compor os limites.

Pode-se garantir, por exemplo, a confidencialidade nos casos de mediações infrutíferas, o que confere às partes a vantagem de ainda poderem dialogar de forma franca a fim de angariar um acordo, resguardando-se porém no caso deste não advir, de modo a não prejudicar a posição processual dos envolvidos. Nesse caso, a mediação ficaria com a participação limitada aos legitimados coletivos que possuam pertinência temática na causa, ou seja, que possuam efetivo interesse. Seus termos somente seriam expostos se e quando da efetiva celebração do acordo. Não é possível negar aos colegitimados a participação na mediação, sob o crivo da confidencialidade, tendo em vista o interesse comum envolvido e, principalmente, a necessidade de se legitimar a solução construída, o que usualmente advém da ampla participação democrática de todos os interessados.

Sem prejuízo, mantém-se o dever de confidencialidade por parte do próprio mediador, mesmo em sede de conflitos coletivos. Portanto, em conversas reservadas que venha a ter com as partes, bem como em relação ao conteúdo das sessões e mesmo do acordo, o mediador está vedado a depor em juízo ou a tecer quaisquer comentários acerca do procedimento e seu conteúdo. O sigilo do mediador deve ser absoluto e aplica-se normalmente o previsto no artigo 166, §2º, do Novo Código de Processo Civil que veda qualquer exposição.

Portanto, apesar de mitigado, não é possível dizer que à mediação em sede de conflitos coletivos não se aplica a confidencialidade. A pedra de toque é a obtenção do acordo, sem porém que se restrinja a participação dos colegitimados interessados, que de todo modo ainda que possam participar e portanto tomar conhecimento do conteúdo do procedimento, não podem dele se fazer valer em juízo nem em atuação midiática. Aplica-se a exceção contida na parte final do artigo 30 da Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, que prevê que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação exceto nos

casos em que a "divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação".

A oralidade é elemento intrínseco à mediação. O procedimento que visa a (re)construir pontes de comunicação entre as partes deve, sempre que possível, atentar à possibilidade da fala, ainda que venha a ser reduzido a termo o conteúdo das sessões ao final destas. A oralidade é aproximativa, ao contrário da forma escrita que além de afastar as partes é capaz de maquiar seus reais sentimentos. A espontaneidade e a emoção da fala tem o poder de criar empatia e facilitar a construção do consenso, assim como também pode reposicionar a parte em caso de falta de confiança no polo contrário. Apesar de, no que tange a litígios de ordem coletiva, o legitimado coletivo não ser o real detentor dos interesses, mas sim o ente responsável por buscar sua concretização, o que em tese mitiga o sentimento em torno da causa, uma verdadeira atuação adequada desse ente será capaz de passar, na oralidade, as preocupações da coletividade.

Outro elemento principiológico do procedimento de mediação é a informalidade, caracterizada não pela ausência de formas previamente especificadas, mas sim pela desnecessidade de segui-las de forma vinculada. A fluidez do procedimento e a ausência de mecanismos rígidos de preclusão possibilitam que as partes deliberem sobre o próprio procedimento, observadas as orientações do mediador[351], que o preside.

Enquanto presidente, o mediador tem o poder de direção do procedimento. Isso não significa porém um absolutismo: considerando que a intenção é a de prover as partes de meios para que conversem entre si, a própria deliberação consensual acerca do procedimento já significa, se pouco, ao menos um início de estabelecimento de conversação construtiva. Dessa forma, não cabe ao mediador, salvo em casos extraordinários em que fique evidenciada a absoluta impropriedade do método pretendido, indeferir alguma etapa procedimental de comum interesse das partes.

---

[351] Relembrando que não se confunde opinar sobre os meios com opinar sobre os fins: o mediador não pode sugerir soluções para o conflito, mas pode sugerir meios para atingir e/ou facilitar alcançar essas soluções.

Sempre que se demonstrar como interessante à construção do consenso, o procedimento pode – e deve – ir e vir. Naturalmente que deve ser evitada a utilização da mediação como instrumento protelatório, portanto deve haver um juízo, ainda que bastante flexível, acerca da pertinência das diligências solicitadas. Da mesma forma, podem ser ouvidas testemunhas, realizadas perícias, e toda diligência probatória outra que venha a ser útil para fomentar a discussão de uma solução entre as partes. Isso vale tanto para litígios de ordem coletiva como outros em geral.

As partes devem guardar um mínimo de isonomia entre si. Nesse sentido, não há espaço para, na mediação, haver abuso de posição de vantagem por qualquer das partes. Seja a vantagem financeira, econômica, jurídica ou mesmo de instrução (conhecimento sobre os aspectos retromencionados em relação à causa específica), não há espaço para utilização abusiva destas qualidades em detrimento da parte contrária. O acordo que assim advier tenderá a ser ineficiente e, potencialmente, descumprido, pois a adesão[352] não decorrerá de livre sopesamento de interesses pelas partes, como alertou Owen FISS no ponto estudado no capítulo 3 deste estudo. Se isso ocorrer, cabe ao mediador, enquanto presidente do procedimento, alertar às partes quanto ao dever de respeito e boa-fé, bem como, em casos mais graves, encerrar de ofício a mediação.

Toda decisão de encerramento consensual no âmbito da mediação deve ser tomada com base em conhecimentos adequados pela parte, a fim de evitar vícios e/ou erros pelas partes. A informação é essencial. Nesse sentido, a atuação de um advogado é, ainda que dispensável, absolutamente recomendada, para ambas as partes, da mesma forma que bem andou a Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, ao prever em seu artigo 10, parágrafo único, que se uma das partes comparecer acompanhada de profissional do direito qualificado a assessorar e/ou representar seus interesses (advogados, defensores públicos etc.) deve o mediador suspender o procedimento até que todas as partes compareçam devidamente assistidas. Tal medida inclusive garante a isonomia entre as partes e o exercício real da autonomia da vontade.

---

[352] O termo "adesão" cai bem na hipótese, tendo em vista que verdadeiramente não houve construção consensual alguma, mas sobreposição de uma parte à outra.

Em sede coletiva, não me parece haver espaço para mediação extrajudicial sem a participação de assessoria jurídica específica. Isso porque a atuação adequada do legitimado coletivo interessado impõe a instrução jurídica devidamente qualificada[353]. E, como o legitimado enquanto parte está assessorado, há imposição que todas as demais partes envolvidas também o estejam, por força de lei, que andou bem ao assim prever. Em geral, os conflitos coletivos são caracterizados por ampla interdisciplinaridade[354] e inúmeros interesses em confronto[355], sendo absolutamente inviável que leigos tomem decisões sem a devida informação técnica necessária.

Todos esses princípios informadores do procedimento mediatório constam positivados, ainda que de forma simples, no artigo 166 do Novo Código de Processo Civil e já foi amplamente discutido em sede doutrinária[356]. Mas há mais.

A Lei de Mediação previu em seu artigo 2º, além dos princípios já mencionados, mais outros dois: a busca do consenso e a boa-fé.

A busca do consenso é norte dado às partes e ao árbitro. Todos devem procurar evitar adotar e/ou referendar as posturas negociais de afastamento (evitar o confronto) ou de competição (maximização dos resultados em apenas um dos lados) já

---

[353] DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, *passim*, sempre alertam, em relação à atuação adequada (em contraponto à expressão "representação adequada" importada do direito norte-americano), que esta deve estar presente em todas as tutelas de interesses difusos, mesmo em sede de ação popular, em que a assessoria jurídica representa enorme alicerce à legitimação ampla do cidadão. Apesar de ser um posicionamento, à luz da legislação pura e crua, polêmico, a preocupação dos autores é absolutamente pertinente e talvez enseje um estudo próprio e mais aprofundado pela doutrina brasileira.

[354] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, *passim*. O consenso doutrinário sobre a interdisciplinaridade é forte no Brasil.

[355] Repisamos nosso exemplo do conflito, que chegou a ser judicializado, entre sociedade, Administração Pública, a empresa de transporte compartilhado Uber e os taxistas, inclusive seus sindicatos.

[356] Por todos, TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, capítulo 5, especificamente pp. 189-230.

tratadas no tópico atinente à negociação, pois não se relacionam com o procedimento e o espírito da mediação. A intenção da mediação não é puramente extinguir um conflito, mas sim construir uma solução para este que seja, dentro do possível, agradável a todos os interessados. Mais: que lhes pareça justa. Repisando a tese de adequação do método ao caso, se o interesse das partes for a maximização dos resultados ou ainda evitar o confronto, nada mais adequado do que a judicialização do conflito, terceirizando a solução dos problemas aos atores que ali participam (advogados, órgãos públicos com capacidade postulatória, e juízes), aguardando a adjudicação que, comumente, se caracteriza por dar o máximo à parte vencedora, nada relegando, senão despesas, ao sucumbente[357].

A boa-fé também é princípio atinente a todos os envolvidos: partes e árbitros. Tal princípio, mais do que inerente à mediação, o é à toda relação social, não escapando o Direito deste âmbito. As partes não devem ser sorrateiras. A intenção da mediação é construir soluções *ganha-ganha*, não havendo espaço para qualquer tentativa de ludibrio seja da parte com a outra, seja desta com o mediador e vice-versa. Cabe, inclusive, ao mediador estar atento à infração deste princípio, alertando sempre às partes quanto ao dever de lisura e, acaso reputar que não está havendo melhora no ambiente, deve encerrar o procedimento. Uma solução "construída" com violação ao dever de boa-fé tende a não ser cumprida espontaneamente; outrossim, pode gerar desconfiança no mecanismo, retrocedendo a evolução das "portas" de acesso ao sistema de justiça.

A mediação coletiva atende a todos esses princípios, da mesma forma que a individual, excetuando-se como já destacado a questão da confidencialidade. E a experiência reforça essa afirmativa.

Após explicitar às partes, já na tentativa de instaurar uma comunicação, as finalidades da mediação e seu modo de funcionamento e princípios, o mediador pode obter resultados por meio da técnica de escuta ativa, que fomenta as partes a falarem e, especialmente, a se sentirem ouvidas por pessoa que tem influência direta sobre o

---

[357] Como há muito já anotou GALANTER, Marc. ... *A Settlement judge, not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States.* Journal of Law & Society, v. 12, n. 1, spring 1985, p. 1: "[...] decisions are all-or-none, winner-take-all".

conflito. Isso facilita a visualização de seus verdadeiros interesses, suas fraquezas, e o atingimento de soluções que satisfaçam todos os envolvidos. Por vezes, a comunicação não é espontânea, de modo que cabe ao mediador buscar "retirar" essa informação mediante a instauração de conversação, seja por meio de perguntas relacionadas aos sentimentos das partes sobre o conflito e sobre o histórico deste (modo interrogativo), seja por intermédio de afirmações relacionadas ao funcionamento da própria técnica, à necessidade de exposição, a confiança que deve haver no instrumento e nos envolvidos (método afirmativo). Em casos mais complexos, não será raro que do mediador sejam exigidas as três estratégias de atuação, em modelo classificado pela doutrina como híbrido[358].

Nesse sentido, MALHADAS JÚNIOR também sugere um rito para a mediação, lembrando que o mesmo não deve ser rígido, mas fluir conforme a necessidade do caso. Haveria uma etapa (0) pré-mediação atinente ao conhecimento das partes e da adequação do método ao caso, a fim de obter o consenso das partes, após a explicação pelo mediador de como funciona o procedimento mediatório. Segue-se à (i) abertura, em que há um primeiro contato entre as partes e o mediador já a fim de criar pontes comunicacionais, as quais o autor do texto denomina de *contrato psicológico*. Obtido esse vínculo amistoso, procede-se à (ii) compreensão do conflito, em que as partes deverão expor seus ideais tanto ao mediador quanto entre si, sendo que a função do terceiro é resumir as ideias e permitir a manutenção do clima amistoso. Procede-se à (iii) síntese, em que o mediador compila todas as ideias lançadas pelas partes, já resumidas, e, procedendo-se à fase (iv) investigativa, passa a identificar os reais pontos de conflito e os pontos de convergência entre as partes. Vislumbrados os pontos de conflito, passa-se enfim à etapa de (v) construção de soluções, das quais o mediador participa apenas como intermediador e fomentador das construções a serem sugeridas pelas próprias partes. Após reunir todas as soluções propostas, o mediador auxilia as partes na (vi) seleção das

---

[358] Por todos, TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pp. 232-245.

melhores propostas desvendados pela própria parte e, só após reduzir o número ao (vii) acordo pretendido, passa-se à fase de lavratura do acordo propriamente dito[359].

Na França, existe a experiência do CMAP – *Centre de mediation et arbitrage du Paris*, fundado pela Câmara de Comércio e Indústria de Paris em 1995, em relação à mediação de litígios de ordem coletiva consumerista, onde se expõem uma empresa e uma associação, ou mesmo em "litisconsórcio", a fim de propiciar uma construção amigável de solução do conflito.

O mecanismo do CMAP é o seguinte: de início, as associações de tutela coletiva firmam o acordo com a empresa na figura de mandatários de específicos interessados que os houvera contatado expressamente para tais fins. O regulamento do CMAP prevê, entretanto, que posteriormente a solução acordada se estenda mesmo àqueles consumidores que não tenham previamente expressamente se manifestado sobre o tema, mediante exposição do acordo aos mesmos e permitindo-lhes a solicitação do benefício. Trata-se, dessa forma, de um sistema híbrido de extensão da solução coletiva de conflito: inicialmente baseada na expressa manifestação de vontade de obter uma solução extrajudicial; posteriormente, calcada numa verdadeira aceitação do acordo já obtido. É um duplo *opt in*, observando-se sempre, contudo, o acordo dos envolvidos com essa condição. É o que diz o item 7.7 do Regulamento[360]:

> *L'accord intervenu au terme de la mediation fait l'objet d'un écrit signé par les parties. Ce document précise les benéficiaires de l'accord, ses conditions d'application et ses effets vis-a-vis tant des parties que des tiers. À cet égard, les parties pourront déroger à l'article 7.3 pour porter l'accord à la connaissance des tiers.*

A *Loi Consommation*[361], também conhecida como Lei *Hamon*, em virtude do Ministro da Economia Social e do Consumo Benoît Hamon, editada em 2014, alterou

---

[359] MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 66-69.

[360] CENTRE DE MEDIATION ET ARBITRAGE DU PARIS. *Règlement de mediation collectif an matière de consommation*. Chambré de Commerce et d'Industrie de Paris. 2015. *In*: http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/12/reglement-de-mediation-collective.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015.

[361] A legislação pode ser consultada aqui: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/3/17/EFIX1307316L/jo#JORFSCTA000028738037.

o *Code de la consommation* para permitir a ação coletiva na França. No mesmo escopo, passou a permitir a mediação coletiva, consignando nos artigos L. 423-15 e L. 423-16 que somente algumas associações que atendam aos artigos 21 a 25 da Lei 95-125 de 1995[362] relativa à mediação na organização processual francesa, poderão atuar coletivamente, prevendo basicamente associações de âmbito nacional e legítimas ao fim de representação.

BERHEIM-DESVAUX, vinculada à Universidade de Angers como *habilitada*[363], anotou que o modelo Francês do CMAP é baseado no modelo norte-americano de solução de conflitos coletivos por meio de mediação patrocinada por órgão especializado em tal proceder. Inclusive o autor francês chega a mencionar[364] que a aceitação de terceiros, no caso do CMAP, faz assemelhar-se a solução com aquela obtida pela *settlement class action* americana, que impede o interesse de agir daqueles participantes do acordo[365].

Segundo BERHEIM-DESVAUX, a regra francesa é restrita: apenas quinze associações seriam competentes[366] legalmente para conduzir tais mediações, limitadas a

---

[362] A legislação pode ser consultada aqui: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&idSectionTA=LEGISCTA000006119477&dateTexte=&categorieLien=cid#LEGISCTA000024808651.

[363] A *HDR – habilitation à diriger des recherches* configura uma titulação acadêmica específica em vários países, tal qual na França, obtida após a conclusão de doutorado, exigindo a apresentação de uma segunda tese perante uma banca específica. Assemelha-se à nossa livre-docência.

[364] BERNHEIM-DESVAUX, Sabine. *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*. JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 1230, 8 avril 2014. Em: http://clubdesmediateurs.fr/wp-content/uploads/2014/06/Document-Mme-Desvaux.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015, pp. 36-37.

[365] A distinção que se faz diz respeito ao fato de que no *settlement class action* haveria a necessidade de *opt out* em relação àqueles desinteressados no acordo. No sistema do CMAP, trata-se de um *opt in* diferido, de modo que aquele que permanecer em silêncio será tido como alheio ao acordo firmado. Nesse sentido, inclusive utilizando a terminologia consagrada nos Estados Unidos, JOUAN, Clémence. *Les recours collectifs en droit de la consommation: Efficience et impact*. Mémoire de fin d'étude sous la direction de Mme le professeur Géraldine Goffaux-Callebaut. Master 2 Enterprise et droit de l'Union Européenne. Université Jean Monnet – Paris Sud. Anée universitaire 2012/2013. *In*: http://master2edue.com/wp-content/uploads/2013/10/m%C3%A9moire-FINAL_.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015, pp. 31-32.

[366] O termo utilizado pelo autor é *competentes*, sendo que optei pela tradução mais próxima da literalidade. Porém, seria o que venho tratando aqui como *legitimidade*.

temas consumeristas[367]. A despeito disso, nos parece que os custos do CMAP para mediar um conflito não são altos, já que de acordo com as informações prestadas pela própria entidade em seu relatório anual, 72% das suas mediações tiveram custo abaixo de € 6.000,00, o que nos parece uma quantia baixa considerando-se os valores potencialmente envolvidos em litígios de ordem coletiva. Ainda, 78% das mediações foram encerradas com até 20 horas de sessões, sendo que o regulamento do CMAP prevê duração máxima de três meses, prorrogáveis, sendo que após seis meses o CMAP tem o poder de encerrar de ofício o procedimento. O índice de acordo geral obtido pelo CMAP foi de 70% no ano de 2015[368]. Não há estatísticas sobre quantas causas coletivas foram submetidas ao CMAP no ano de 2015, infelizmente, mas isso não faz com que seja ignorável o custo benefício do método.

A professora francófona não ignora, porém, as dificuldades do acordo, em especial aquelas decorrentes da representatividade dos atores coletivos (em especial quanto ao primeiro *opt in*, ou seja, quanto à concessão do mandato negocial ao ente coletivo), da identificação dos consumidores lesados a fim de notificá-los, da suspensão ou não do prazo prescricional, da força executória do acordo, dentre outros.

Clémence JOUAN aponta, citando dados do mediador-chefe dos litígios coletivos contra o banco financiador francês *Crédit Foncier* responsável por grande parte dos financiamentos imobiliários no país, que enquanto uma questão coletiva pode ser resolvida no judiciário francês em média após 6 (seis) anos de discussão, a experiência do CMAP é de solucionar a questão, inclusive a etapa executiva (efetivação do acordo no plano fático), em cerca de um ano e meio[369].

---

[367] BERNHEIM-DESVAUX, Sabine. *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*. JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 1230, 8 avril 2014. Em: http://clubdesmediateurs.fr/wp-content/uploads/2014/06/Document-Mme-Desvaux.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015, p. 37.

[368] http://www.cmap.fr/le-cmap/les-statistiques-du-cmap/, acesso em 18/12/2016.

[369] Cf. JOUAN, Clémence. *Les recours collectifs en droit de la consommation: Efficience et impact*. Mémoire de fin d'étude sous la direction de Mme le professeur Géraldine Goffaux-Callebaut. Master 2 Enterprise et droit de l'Union Européenne. Université Jean Monnet – Paris Sud. Anée universitaire 2012/2013. *In*: http://master2edue.com/wp-content/uploads/2013/10/m%C3%A9moire-FINAL_.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015, p. 31: "[...] L'obtention de l'exécution dudit accord peut, elle, être plus longue. Le médiateur en charge de l'affaire du Crédit Foncier au CMAP55souligne par exemple qu'il est possible en 1,5 ans, d'obtenir l'accord et son exécution. Parallèlement, pour l'action de groupe, le délai

No caso do Brasil, temos a vantagem de que a força executória do acordo não nos traz grande empecilho pois facilmente a transação extrajudicial possui força executória como título executivo extrajudicial[370], se observados os requisitos legais. Trata-se de especificidade do nosso ordenamento de que o sistema francês não goza, assim como muitos outros sistemas europeus[371], que se pautam nos *instrumentos autênticos*[372] para permitir a executoriedade de um acordo extrajudicial.

---

pour obtenir l'accord et son exécution est évalué à 5, 6 ans après l'introduction de l'action. De ce point de vue la médiation collective semble avoir des avantages à faire valor".

[370] Novo Código de Processo Civil

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

Lei de Mediação

Art. 20 [...].

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

[371] Quando tive a oportunidade de tratar do tema dos Títulos Executivos Europeus e do Regulamento CE 805/2004, verifiquei que os países que se adaptaram às normas pertinentes editadas pelo Conselho Europeu não mais previam a possibilidade de um simples acordo extrajudicial possui força executória, sendo necessário homologá-lo em juízo ou formalizá-lo perante um cartório observando um formulário específico. Nesse sentido, SEVERYN, Evelyne. *Quels lieux pour la médiation civile en Europe?*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. pp. 107-149, Janeiro a Junho de 2015, p. 147, que tive oportunidade de consultar para este presente estudo. Tive a grande felicidade de defender aquele trabalho, como requisito de aprovação em matéria ministrada pelos professores Bedaque e Dinamarco com o auxílio dos doutores Bruno Vasconcelos Lopes e Fernando Cais, tendo como parte da avaliação a presença do professor italiano Giovanni Bonato, que atuou como Professor Visitante da Universidade de São Paulo à época, sendo vinculado à *Université Paris-Ouest Nanterre* também como *maitrê de conférences*. Sobre o assunto, recomenda-se CARRATTA, Antonio. *Titolo esecutivo europeo*. Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXI. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 2007.

[372] CARRATTA, Antonio. *Titolo esecutivo europeo*. Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXI. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 2007, pp. 4-5.

Vige desde 2015 a Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, que trouxe para o campo legal disposições sobre o assunto, além do advento do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Mas mesmo antes do advento desses dispositivos, que apenas vieram a consagrar a prática já existente, há notícias de mediação no âmbito de interesses coletivos.

Caso emblemático na prática brasileira se deu envolvendo litígios decorrentes de acidentes aéreos. Como bem resumiu OSTIA[373][374]:

> A Câmara de Indenização Voo 3054 (CI 3054) proporcionou uma alternativa célere e efetiva para a indenização dos beneficiários das vítimas do acidente aéreo ocorrido em 17 de julho de 2007 em São Paulo-SP, com uma aeronave da empresa aérea TAM que tinha decolado de Porto Alegre-RS. Sua criação é resultado da parceria entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, Fundação PROCON-SP e Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico, membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto no Título IV, artigos 105 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, com a participação da Associação dos Familiares e Amigos das Vítimas do Voo TAMJJ3054 (AFAVITAM), da TAM e de suas seguradoras. O acidente foi o pior da América Latina e vitimou todos os 187 ocupantes da aeronave e ainda mais 12 pessoas em solo, totalizando 199 mortos.

E prosseguiu o mestre em direito[375]:

> O Programa de Indenização Voo 447 (PI447), de forma semelhante à CI3054, proporcionou uma alternativa célere e efetiva para a indenização dos beneficiários vítimas do acidente aéreo ocorrido em 31 de maio de 2009 no Oceano Atlântico, com uma aeronave da empresa aérea Air France que fazia o trecho Rio de Janeiro – Paris. Sua criação é resultado da parceria entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Fundação PROCON-RJ e Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico, com a participação da Air France e suas seguradoras. O acidente vitimou todos os 228 ocupantes da aeronave.

---

[373] Paulo Henrique Raiol OSTIA atuou como assistente na Câmara de Indenização 3054, sendo assim excelente para resumir as atividades da mediação. Cf. BRASIL. Balanço de Atividades. Câmara de Indenização Vôo TAM 3054, 2009.

[374] OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. São Paulo, 2014, Tese de mestrado na FDUSP, p. 12, nota de rodapé 11.

[375] OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. São Paulo, 2014, Tese de mestrado na FDUSP, p. 12, nota de rodapé 12.

Como se verifica, a Secretaria de Direito Econômico – SDE atuou como mediador para aproximar todas as várias partes envolvidas e responsáveis por tutelar os mais diversificados interesses. A participação foi ampla por vários colegitimados coletivos, e ainda envolveu não só as empresas aéreas como suas seguradoras. Valorizando minha crítica, é gritante que em foro tão amplo a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil não tenha participado[376].

Diego Faleck foi colega de classe deste dissertante durante o ano de 2014 no programa de pós-graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco. O advogado, então doutorando pela mesma faculdade, honrou a turma com uma aula sobre a participação da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, na qual atuava à época, quando do curso *Litigiosidade Repetitiva* ministrado sob a tutela dos ilustres professores Susana Henriques da Costa e Carlos Alberto de Salles e a participação ativa dos professores convidados Paulo Eduardo Silva (FDUSP-Ribeirão Preto) e Daniela Gabbay (Direito-FGV/SP). Enorme privilégio ter, em ambiente muito próximo e informal das aulas da pós-graduação, contato direto com pessoas que atuaram tão internamente a um dos casos paradigmáticos da mediação de interesses coletivos no Brasil.

Capitaneando o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC da Secretaria de Direito Econômico – SDE, Diego Faleck atuou diretamente como facilitador do diálogo entre todas as instituições envolvidas, utilizando-se de tantos recursos tecnológicos quanto necessários, bem como audiências públicas, sessões de mediação, e inúmeros outros instrumentos híbridos que, permeados pelos princípios retromencionados, geraram resultados satisfatórios.

A Câmara de Indenização (CI 3054) foi inaugurada em 24 de abril de 2008 para resolver as pendências do Voo 3054 e seu acidente. Houve o cuidado de prestar o atendimento em dois escritórios fixos, um em Porto Alegre/RS (ponto de partida do voo) e outro em São Paulo/SP (ponto de chegada do voo), além de implementar a atuação de

---

[376] Critiquei veementemente o subaproveitamento das agências reguladoras quando tratei das mesmas em tópico do capítulo 3 deste estudo.

Observadores e Assistentes responsáveis por garantir o atendimento das regras do regulamento criado para orientar os trabalhos da própria Câmara, além de auxiliar e orientar os familiares, amigos e demais prejudicados pelo acidente.

Era permitido aos interessados realizar Consultas aos órgãos da CI 3054 a fim de obter informações individualizadas quanto a seus casos, assim como não havia obrigatoriedade de utilização deste método extrajudicial em específico, sendo permitido a quem assim desejasse a utilização de outras vias, extrajudiciais ou judiciais.

A criação da CI 3054 e seus objetivos, bem como seu funcionamento e formas de contato, foram todos objetos de adequada publicidade no país, havendo publicação de editais em diversos jornais de grande circulação. Criou-se também um *website* para facilitar a comunicação[377].

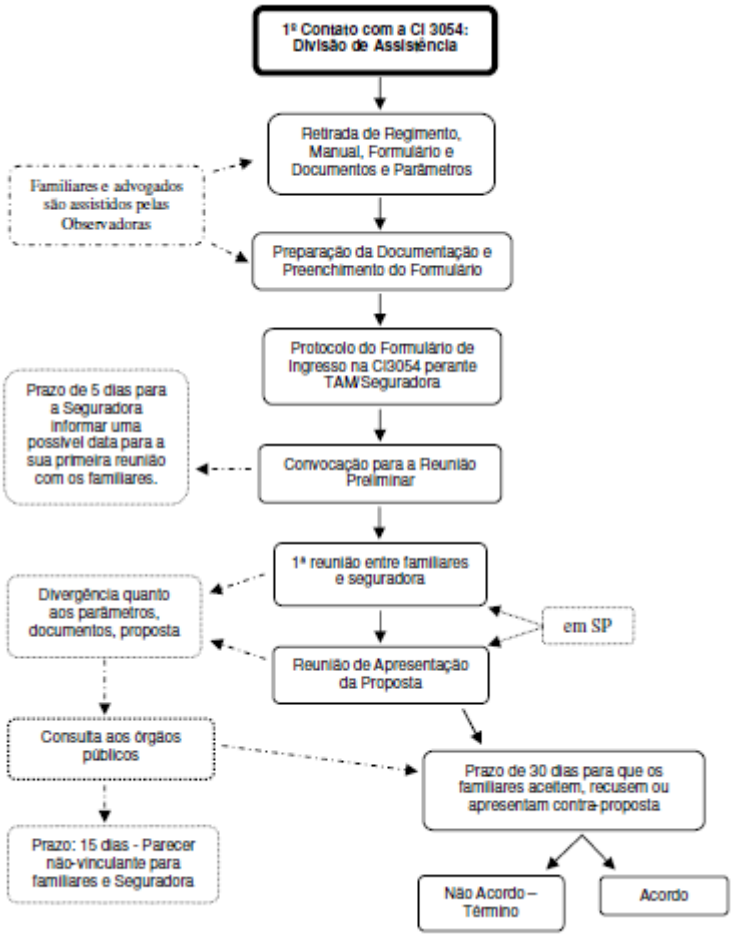
A presença do advogado, apesar de não obrigatória, era recomendada às partes interessadas, ficando os honorários a custeio destas, mas as despesas para o exercício da atividade do profissional a cargo da TAM e das seguradoras.

Os órgãos públicos paulistas com pertinência temática à defesa dos interesses dos consumidores tinham por atribuição orientar os indivíduos em caso de dúvidas referentes à validade de documentos, à legitimidade para participar da Câmara e à qualquer situação controversa resultante de reuniões com a TAM. Sua opinião não era vinculativa, cabendo aos interessados decidir. Outrossim, houve atuação em defesa da coletividade no que tange à celebração de compromisso de ajustamento de conduta para que a TAM e as seguradoras custeassem todas as despesas de transporte estadia e alimentação imediatamente após o acidente para todos os familiares envolvidos, assim como as despesas decorrentes do transporte, alimentação e hospedagem para a participação dos indivíduos na CI 3054, também para os familiares e ainda seus advogados.

---

[377] www.camaradeindenizacao3054.com.br.

A estrutura orgânica do procedimento desenhado pela CI 3054 foi bem resumida pelo seguinte quadro[378]:



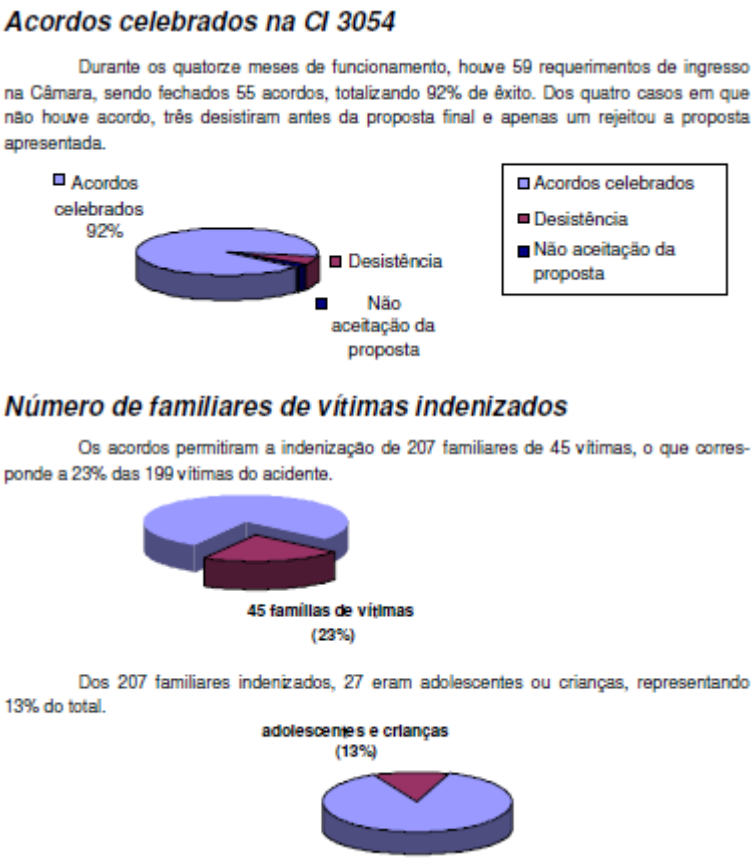
Verifica-se, pois, que houve um cuidado para se criar um ambiente institucionalizado e acolhedor a fim de diminuir o grau de animosidade entre os familiares das vítimas do acidente, sem o qual a única via restante para a solução do conflito seria a terceirização da criação resolutiva.

Os resultados da CI 3054, por sua vez, foram resumidos nos seguintes gráficos[379]:

---

[378] BRASIL. Balanço de Atividades. Câmara de Indenização Vôo TAM 3054, 2009, p. 15.

[379] BRASIL. Balanço de Atividades. Câmara de Indenização Vôo TAM 3054, 2009, p. 19.



Os resultados, como se verifica, foram satisfatórios. Com quase um quarto dos casos solucionados, houve grande desafogamento do judiciário e, até onde se sabe, nenhum questionamento judicial do acordo obtido, ou ainda da legitimidade da atuação dos órgãos públicos envolvidos. Demonstrou-se, pois, meio adequado a solucionar os conflitos advindos do acidente. Relatam-se ainda aproximadamente 15 (quinze) mil atendimentos de familiares e seus representantes, incluindo patronos constituídos (presentes em 78% dos casos submetidos à CI 3054), prestando informações e esclarecendo dúvidas, de forma presencial, por telefone ou por e-mail.

O resumo de todo esse trabalho consta relatado no *Balanço de Atividades* da CI 3054[380].

No Brasil, a JORNADA "PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS" do Conselho da Justiça Federal – CJF inclusive

[380] BRASIL. Balanço de Atividades. Câmara de Indenização Vôo TAM 3054, 2009, mais especificamente pp. 9-20.

incentivou no enunciado 40 a utilização da medida e também a ampla participação dos interessados:

> Enunciado 40. Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito.

Portanto, resta claro e inconteste a viabilidade da utilização da mediação para a solução de conflitos coletivos, desde que atentando-se aos princípios informadores da técnica de solução, e ainda havendo vontade política e jurídica dos órgãos públicos, empresas e associações civis interessados. Não houve violação de interesses indisponíveis, muito menos desrespeito às leis ou ao Estado de Direito nas experiências estudadas, nem há relato específico disso na experiência estrangeira consultada. A mediação é plenamente admissível como método de solução de conflitos na esfera extrajudicial.

4.3 – DA CONCILIAÇÃO

A conciliação, por sua vez, é uma sofisticação da mediação, ou seja, é também uma negociação qualificada pela presença de um terceiro neutro que promove a troca de informações entre os interessados. A diferença entre mediação e conciliação subsiste no fato de que esta última conta com uma atuação mais incisiva, proativa, por parte do conciliador, que não só busca (re)construir pontes comunicacionais entre as partes, mas efetivamente auxiliá-las na própria construção da solução.

Portanto, diferentemente do mediador, que se limita a formar um ambiente propício à negociação, a fim de aproximar as partes para que elas próprias construam a solução que reputarem mais adequada, a função do conciliador é, indo além, efetivamente propor soluções aos interessados, a fim de dar-lhes exemplos de potenciais saídas para o conflito, auxiliando assim não só uma aproximação, mas efetivamente a criatividade das partes.

Não por acaso, há confusão e às vezes até uso como sinônimo das expressões *mediação* e *conciliação* na doutrina, seja pátria, seja estrangeira. As técnicas se assemelham em diversos pontos. Também por isso é possível afirmar que todos os princípios analisados para a mediação também valem para a conciliação. É como se posiciona, com razão, Rodolfo de Camargo MANCUSO, para quem essa "zona cinzenta" deriva de um compartilhamento de um "núcleo essencial, que é o da composição negociada e justa dos conflitos, objetivo comum às figuras da conciliação e da mediação, podendo-se dizer que elas se identificam por essa finalidade básica a que estão preordenadas" [381].

Dessa forma, valem os princípios de imparcialidade do conciliador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé, já abordados sob a ótica da mediação.

Cabem, entretanto, algumas considerações pontuais relativas à conciliação. Sua utilização deve ser cautelosa, pois como alertou TARTUCE, ao aproximar a mediação com estratégia afirmativa da conciliação ("há quem afirme que a conciliação realizada no Brasil se aproxima do modelo mediação avaliativa"[382]), a propositura de soluções pelo conciliador não pode transmitir às partes nenhuma sombra de dúvida quanto à sua imparcialidade. A processualista bem anotou que uma maior participação do conciliador, assim como do mediador avaliativo, pode inquinar sua imparcialidade: "precisa atuar com equidistância perante os participantes durante todo o procedimento, sob pena de ver comprometida a credibilidade da intervenção; ainda que não seja efetivamente parcial, há o risco de ele soar como tal perante um dos interessados"[383].

Ademais, apesar de ser dado ao conciliador o poder-dever de ter uma atuação menos inerte, sugerindo soluções aos interessados, não há nenhuma função

---

[381] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

[382] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 180.

[383] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 181.

substitutiva da vontade destes, ou seja, a conciliação em hipótese alguma tem o poder de decisório compulsório. Todas as soluções propostas pelo conciliador não passam de *sugestões* que tem por finalidade precípua não o próprio fim do conflito, mas propiciar as partes, além da comunicação, ideias para que se atinja ao fim do conflito mediante soluções razoáveis, sejam aquelas obtidas diretamente pelas partes, sejam aquelas exatamente como oferecidas pelo conciliador, sejam ainda aquelas derivadas das sugestões deste terceiro intermediador.

Assim como não há sentido lógico numa conciliação prévia a uma mediação, por ser aquela mais incisiva que esta[384], nada impede que as partes acordem o contrário: primeiro tentarão uma mediação para se reaproximarem e, caso reaproximadas porém sem conseguir chegar a um consenso, converter o procedimento a uma conciliação. O mediador pode, inclusive, passar a adotar a função de conciliador.

A despeito da legislação pátria que recomenda e/ou obriga o julgador em diversas passagens[385], e da existência dessa previsão em outros ordenamentos[386], não me parece que caiba ao juiz adotar a função de conciliador. Ainda que isso fomente a autocomposição – e nisso andou bem nossa lei e acredito que tenha sido justamente a

---

[384] Cogito de exceção a esse raciocínio somente se pensarmos numa conciliação tão infrutífera que, além de não chegar a um acordo, ainda tenha ocasionado um afastamento das partes que impede qualquer sugestão de solução por um terceiro, de modo que deve-se "regredir" à mediação para que a comunicação seja restabelecida, e provavelmente isso implicará a troca do próprio terceiro intermediador. As *aspas* em "regredir" são em razão de que em verdade não há nível melhor ou pior entre as técnicas, o que há é uma melhor adequação a determinada solução – fala-se em regressão apenas e tão somente em relação à agressividade da atuação do terceiro, não de forma comparativa em relação aos métodos.

[385] Temos previsões no Código de Processo Civil de 1973, no Novo Código de Processo Civil e também na Consolidação das Leis do Trabalho no sentido de que o juiz busque conciliar as partes. Poder-se-ia reputar que a intenção da lei foi a mediação, segundo o conceito que adotamos, e não a conciliação propriamente dita. Porém a prática forense reflete que os magistrados que atentam a essas normas procedimentais buscam uma efetiva conciliação, sugerindo propostas de acordo. A técnica nem sempre é bem utilizada, infelizmente, e causa estranheza nas partes, em especial nos leigos.

[386] SEVERYN, Evelyne. *Quels lieux pour la médiation civile en Europe?*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. pp. 107-149, Janeiro a Junho de 2015, especificamente à p. 109: "Les *pouvoirs des juges* en matière de règlement amiable n'ont pas été oubliés, puisque la recommandation n° R (94)12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges a fait figurer dans la liste des 'responsabilités judiciaires', (principe V-3 e) 'l'encouragement des parties à obtenir un règlement amiable'. Ce même 'encouragement au règlement amiable' a été adressé par la recommandation n° R (95) 5, article 6 g, au juge intervenant sur recours en matière civile et commerciale".

intenção do legislador –, a conciliação jamais será tão frutífera quanto poderia ser se o conciliador for o próprio juiz da causa. Soa-me estranho, e também é o que se percebe na experiência forense, que o juiz faça propostas de solução às partes, enquanto conciliador, e caso estas não sejam aceitas, julgue o processo no mérito. A menos que cogitemos de uma proposta conciliatória por equidade, estaríamos diante de uma situação curiosa: ou o terceiro, enquanto conciliador, propõe justamente aquilo que decidirá, quando assumir a função judicial, ou então, enquanto conciliador, fará propostas que não entende serem as mais corretas para o caso e que, no seu íntimo, prejudicarão a sua sinceridade enquanto terceiro. Isso porque não cabe ao conciliador suscitar soluções iníquas, de modo que todas aquelas que vier a propor devem refletir, em maior ou menor intensidade, uma consentaneidade com a forma com a qual o próprio conciliador apreende(u) o conflito e entende ser uma composição razoável, ainda que a imparcialidade permaneça um dever.

Outrossim, as próprias partes jamais se sentirão confortáveis em expor seus verdadeiros anseios e, especialmente, expor suas vantagens e fragilidades, de forma franca. Tentarão sempre mostrar-se forte, incentivando uma conduta de competição que, como já abordamos, não é a mais adequada forma de negociação em qualquer método extrajudicial de solução de conflitos. Confundir-se conciliador e julgador na mesma pessoa é confundir os métodos extrajudiciais com os judiciais, suas linguagens e seu *modus operandi*. Bem anotou FABREGA, tratando da experiência panamenha, que não se distinguiu muito do que se verificou no Brasil: "el juez, en general, no desempeña adecuadamente papel de conciliador, abstracción del ramo de que se trate. El temor a que su activismo sea considerado como inclinación a una de las partes le impide tomar la iniciativa y un rol real y efectivo en la conciliación"[387].

A conciliação em litígios coletivos, assim como a mediação, é plenamente possível como método de obtenção de consenso extrajudicial, podendo ser extraprocessual (ou pré-processual) ou endoprocessual[388]. A sua utilidade serve para

---

[387] FABREGA P., Jorge. *Medios alternativos de solución de conflictos con especial referencia a la república de Panamá y a la de Estados Unidos*. Ponencia presentada en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mimeógrafo, Santiago de Querétaro, pp. 311-330, mayo de 1997, p. 323.

[388] Nomenclatura bastante utilizada por Ada Grinover em seus diversos estudos sobre o incentivo da conciliação por meio de sua incidência no curso dos processos judiciais.

expandir o leque de soluções projetadas pelas partes mediante a intervenção do conciliador. Pensando-se, ainda, na abertura da conciliação para diversos colegitimados, que também poderão cada um propor suas ideias resolutivas, certamente o ambiente democrático da construção será amplificado, trazendo legitimidade mesmo às soluções adotadas com base em proposições do conciliador, não havendo nenhuma necessidade de que este seja ele próprio um legitimado coletivo.

Inclusive, como já abordamos outrora, disciplinou-se a utilização de mecanismo conciliatório nos conflitos internos da Administração Pública Federal, mediante as Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que dispôs sobre o deslinde, em sede administrativa (e portanto extrajudicial), de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Após a edição da referida Portaria, eventuais controvérsias jurídicas interna à Administração Federal, poderão, em sede administrativa, se solucionar por meio de conciliação (e, se infrutífera, por subsequente arbitramento), no âmbito da Advocacia-Geral da União, através da unidade da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou outros órgãos desde que determinado pelo Advogado-Geral da União ou o Consultor-Geral da União.

Na forma deste normativo, e sob a ótica dos litígios de ordem coletiva, não é impossível, por exemplo, em um conflito envolvendo a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON e a Caixa Econômica Federal – CEF, em relação a métodos mercantis abusivos por parte desta contra os consumidores. Ainda que a SENACON não detenha legitimidade própria para ajuizamento da ação coletiva, por ser órgão vinculado ao Ministério da Justiça e, portanto, à União, certamente detém pertinência temática para, livre das amarras do formalismo, participar de mecanismos de solução de controvérsias extrajudicialmente, especialmente no âmbito interno da própria administração.

A eficácia desse novo sistema foi recentemente confirmada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça[389], que, no início de 2009, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, considerando a perda do objeto, em face de realização de conciliação realizada pelo CCAF em um caso que questionava conflito entre órgãos federais. Trazemos, neste momento, a decisão do tribunal, admitindo a conciliação:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA FAZENDA NACIONAL. SUPERVENIENTE PEDIDO DE EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM FACE DA COMPOSIÇÃO DA LIDE PERANTE A CCAF/AGU. DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL E SUA PERDA DE OBJETO. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ARBITRAGEM OU DE TRANSAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO COM OU SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. QUESTÕES QUE DEVEM SER AFERIDAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUANDO DO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE.
>
> 1. O pedido formulado pela Fazenda Nacional no sentido de extinguir o feito com resolução de mérito em face da transação administrativa ocorrida perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF/AGU implica a desistência do recurso especial, o qual, inclusive, perdeu o seu objeto, nos termos do art. 34, XI, do Regimento Interno desta Corte, em razão da superveniente ausência de lide em relação ao mérito da causa e a inexistência de interesse recursal.
>
> 2. A questão da extinção do feito, com ou sem resolução de mérito, deve ser decidida pelas instâncias ordinárias quando do retorno dos autos à origem, uma vez que a jurisdição desta Corte encontrava-se adstrita ao julgamento do recurso especial, o qual, conforme já ressaltado, perdeu o seu objeto e, ainda que assim não fosse, na hipótese dos autos não é possível aferir se a composição da lide realizada perante a CCAF/AGU implica a extinção do efeito com ou sem resolução de mérito, seja pela ausência de documentação capaz de possibilitar uma conclusão nesse sentido, seja pela impossibilidade de revolvimento de matéria fática em sede de recurso especial, consoante orientação consagrada na Súmula n. 7/STJ. Precedente.
>
> 3. Não há vício na decisão agravada que, com fundamento nos arts. 501 do Código de Processo Civil e 34, IX, do RISTJ, homologou a desistência do recurso para que ela produza os seus regulares efeitos, julgou prejudicado o agravo regimental de fls. 163/167 e, ainda, determinou a baixa dos autos à origem para que lá seja analisada a questão da extinção do feito, com ou sem resolução do mérito, e dos honorários advocatícios.
>
> 4. Agravo regimental não provido.

---

[389] Notícia amplamente divulgada no âmbito da AGU no *website* da entidade: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80834&id_site=3, acesso em: 10/06/2015.

(AgRg no REsp 979.709/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 11/06/2010)

Esse método de conciliação veio a ser coroado pela Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, que em seu artigo 36 estabeleceu que havendo conflitos internos à Administração Pública Federal, de natureza jurídica, cabe à Advocacia Geral da União – AGU "realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União". A Lei de Mediação ainda ampliou o leque para estender o mecanismo em que a AGU figura como conciliadora também "aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais" que possuam litígios com a Administração Pública Federal. Não é, assim, impossível conceber uma conciliação para dirimir conflitos entre os mais variados PROCONs e agências reguladoras, tais como ANATEL, ANS, ANAC, para a defesa dos consumidores das empresas reguladas por tais autarquias.

Portanto, a conciliação pode, e já é, ser utilizada como método independente, ou preferencialmente subsequente a uma mediação frustrada, para fins de solucionar os conflitos de ordem coletiva, aumentando a criatividade na construção da solução pelo ingresso das ideias dos próprios conciliadores.

4.4 – DA ARBITRAGEM

A arbitragem, por sua vez, consiste na adoção de método adjudicatório *sui generis*. Isso porque a opção pelo método é voluntariosa, não havendo se falar em obrigatoriedade de submissão à arbitragem; porém, admitida a intervenção do terceiro sob essa modalidade, seja por cláusula arbitral, seja por compromisso arbitral, a decisão por ele proferida é vinculante e os efeitos são análogos aos sentenciais.

Trata-se de procedimento contencioso, heterocompositivo, mas ainda assim extrajudicial[390]. Comumente utilizado nas questões empresariais, se destaca por poder ser mais especializado e célere, via de regra, que o Judiciário, haja vista a possibilidade de escolha do árbitro e do procedimento (ou até mesmo a criação de um procedimento próprio). Sua destinação é para casos complexos em que a consensualidade não pôde ser obtida e, *pari passu*, a utilização da via judicial não é adequada como meio de solução.

A arbitragem coletiva se mostrou ao mundo primordialmente nos Estados Unidos, e como reação empresarial ao ajuizamento das *class actions* nos tribunais estadunidenses. Por tal razão, importa verificar as preocupações daquele país quanto ao método de solução de conflitos, a fim de verificar a partir da experiência ali obtida o que pode ser aproveitado em nosso ordenamento, naturalmente com os filtros de qualquer análise do direito estrangeiro.

A pretensão empresarial era a de impor nos contratos de adesão, aproveitando a lacuna legal sobre o tema naquele país, a cláusula compromissória, sujeitando-se o conflito ao tribunal arbitral. A intenção era a de enfraquecer a coletividade, impondo que o indivíduo seja obrigado, pela cláusula, a intentar sua pretensão no âmbito arbitral.

Diante de tal circunstância, a coletividade se organizou e passou a requerer não só a comunhão de processos individuais arbitrais, mas a também acionar coletivamente o tribunal arbitral, requerendo que a causa fosse certificada como coletiva, e processada sob esse molde, sob o argumento de que os contratos não excluíam que a pretensão fosse exercida coletivamente, ainda que pelo método arbitral[391].

---

[390] SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis. Tese de doutorado apresentada na UFSC, 2010, p. 56: "a arbitragem é, da mesma forma que o julgamento proferido pelo Judiciário, também um método heterocompositivo de solução de conflitos, pois um terceiro escolhido pelas partes é que decidirá o caso por elas submetido à sua apreciação".

[391] A matéria chegou a ser discutida em *Dickler v. Shearson Lehmann Hutton, Inc*.

Percebe-se, notoriamente, que a arbitragem coletiva não veio de comunhão de interesses dos envolvidos, que efetivamente concordaram em submeter o litígio ao tribunal arbitral. Veio, antes, como forma de driblar a técnica defensiva adotada pelos fornecedores estadunidenses, técnica esta pautada na arguição de que se o contrato não mencionava a coletivização da demanda arbitral, esta não seria permitida. Apesar de inicialmente o argumento ter funcionado, sucumbiu diante do julgamento do caso *Green Tree v. Bazzle* em junho de 2003[392] pela Suprema Corte dos Estados Unidos em que restou decidido que caberia ao árbitro interpretar se a cláusula compromissória admitiria a *class arbitration*.

Breve digressão a ser feita reside na questão de que, a partir do julgamento de *Green Tree v. Bazzle*, as empresas passaram a expressamente impossibilitar a *class arbitrations* em seus contratos, ou seja, além de impor a cláusula compromissória, esta última tinha redação que expressamente vedava a possibilidade de demanda coletivizada.

Dentro desse contexto, novo questionamento judiciário surgiu: qual a validade, em contratos de adesão, de norma tal que impeça o ajuizamento de demanda arbitral coletiva? Após considerável número de decisões, a Suprema Corte Californiana decidiu em *Discover Bank v. Superior Court* que a cláusula seria inválida, mormente em razão de o contrato de adesão não permitir a real negociação entre as partes. Tal decisão foi, a princípio, adotada como procedente por muitos órgãos julgadores. Porém, quando submetida a matéria à apreciação do órgão máximo de jurisdição estadunidense, para regozijo das empresas e desesperos dos interessados coletivos, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cláusula é válida quando do julgamento do notável caso *AT&T Mobility v. Concepcion* em abril de 2011.

A partir desse caso, as cláusulas compromissórias inibitórias da demanda coletivizada tendem a se ampliar drasticamente[393], diminuindo consideravelmente a possibilidade de demandas coletivas, haja vista que ao mesmo tempo que se impunha a

---

[392] U.S LEXIS 4798.

[393] STERNLIGHT, Jean. *Tsunami: AT&T Mobility LLC v. Concepcion impedes access to justice*. Oregon Law Review 703, vol. 90, 2012, p. 718.

submissão da lide ao julgamento arbitral, se vedava que essa submissão se desse de forma coletiva – decidindo-se que o tribunal estatal nada poderia fazer quanto a isso, dada a interpretação conferida pela *Supreme Court* ao *Federal Arbitration Act* de 1925. Apesar da vitória empresarial, fato é que há argumentos de *distinguishing* que vêm prevenindo os consumidores estadunidenses, tais como a especificidade do contrato analisado em *Concepcion*, outros aspectos fáticos de cada contrato em específico, a existência de legislação estadual específica vedando expressamente determinada prática, dentre outros elementos, mormente o precedente de 1985 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* em que se decidiu que a cláusula arbitral não pode ser imposta se a mesma vedar o acesso à tutela jurisdicional[394-395].

Feita essa breve digressão, retomemos. Dentro das considerações sobre a *class arbitration*, BUCKNER menciona o *hybrid model of class arbitration*, que se trata de um meio termo do procedimento estatal e do procedimento modulado pelas partes e/ou pelo tribunal arbitral. Essa natureza híbrida do procedimento se refletiria na imanência da jurisdição estatal no controle jurisdicional dos aspectos coletivos da arbitragem coletiva, sempre em razão de se garantir a tutela dos interesses dos ausentes. Caberia, assim, à corte estatal definir se a causa submetida à arbitragem deverá ser processada sob a forma de *class arbitration*. Esse entendimento foi originalmente o exarado pela Corte Suprema da Califórnia em *Keating v. Superior Court*, sendo posteriormente seguido pela Pensilvânia, pela Carolina do Sul e pelo *First Circuit*. O jurista inclusive assimila essa solução e as denominadas *court-annexed arbitrations*, que são arbitragens realizadas sob os olhos do tribunal e a requerimento de um ator governamental, ainda que ressalte a maior interferência estatal na arbitragem coletiva[396].

---

[394] Em setembro de 2002, George W. Bush sancionou o *Motor Vehicle Franchise Contract Arbitration Fairness Act*, que veio a proibir, em exceção à regra geral do *Federal Arbitration Act*, a utilização a imposição de cláusula compromissória em contratos de franquia de veículos automotivos, admitindo apenas o compromisso arbitral.

[395] Há grandes críticas ao julgado, tido por retrógrado quanto ao acesso à justiça e à consolidação dos *class procedurals* como figura modernizadora e útil à distribuição de justiça nos Estados Unidos. Mencionamos, a título exemplificativo, STERNLIGHT, Jean. *Tsunami: AT&T Mobility LLC v. Concepcion impedes access to justice*. Oregon Law Review 703, vol. 90, 2012, pp. 703-728.

[396] BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review 185, vol. 58, 2006, pp. 226-239.

A crítica cabível, aqui, ao *hybrid model of class arbitrations* é de que, como já expusemos em tópico anterior, não é o juiz estatal o único capaz de interpretar e concretizar o direito. Assim, não se haveria de ter tamanha ingerência estatal, podendo a matéria ser relegada ao julgamento do árbitro. Ou seja: o árbitro poderia muito bem garantir, ele mesmo, o *due process*, não havendo necessidade de submeter esse controle ao tribunal estatal. Em resumo, BUCKNER, aduz[397]:

> The hybrid system of class arbitration preserves the historic judicial role in handling the class-related aspects of the dispute.346 Thus, the existence of the hybrid system does not undermine the argument that resolution of class action disputes is a public function. Occasionally, courts employing the hybrid model exercise their discretion to delegate certain class-related aspects of the litigation to arbitrators, while maintaining judicial supervision over the arbitrators' conduct to assure due process.

Após a decisão de 2003 em *Green Tree v. Bazzle*, BUCKNER defende que a posição híbrida não tem mais espaço, já que cabe ao árbitro decidir o tema, já que não faria sentido dar ao árbitro o poder de decidir o mais (se admite a causa coletiva ou não, ou seja, de conferir a *class certification*) e não o menos (aplicação do *due process* à causa que o próprio decidiu ser coletiva).

Outro modelo sugerido por BUCKNER é o *Provider-created models of class arbitrations*, basicamente consistente na possibilidade de que o árbitro ou as próprias partes (a depender do modelo arbitral adotado[398]) requeiram a intervenção judicial estatal para resguardar o *due process* nas *class arbitrations*. Intervenção essa que vem, sempre, em controle a uma decisão já proferida pelo árbitro, sendo que ou este a submete ao crivo jurisdicional estatal, ou as partes a submetem à revisão jurisdicional estatal. Essa submissão advém em defesa da solução final da arbitragem, a fim de que a sentença arbitral não seja atacada por via transversa, a partir do procedimento e não do mérito – já que o mérito não poderia ser revisto diretamente[399].

---

[397] BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review, vol. 58, p. 236.

[398] BUCKNER se escora, como paradigmas, nas regras da JAMS ou da AAA, que são câmaras arbitrais tradicionais nos Estados Unidos.

[399] BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review, vol. 58, pp. 236-248.

A arbitragem coletiva, porém, traz inúmeros inconvenientes que atacam diretamente muito do que, em situações individuais, se vangloria acerca das vantagens do procedimento.

Para lidar com essa situação, BUCKNER defende abertamente em seu artigo que "*a voluntary due process protocol establishing minimal due process-like protections offered by all arbitration providers handling class arbitration is preferable*"[400], criticando tanto o JAMS quanto a AAA porque não cuidou dos principais pontos da *Federal Rule 23* tais como a *notice* ou os critérios para a *class certification* e a aferição da *adequacy of representation*, dando margens a questionamentos da decisão arbitral, ou seja, ao *collateral atack*[401].

O professor sugere então um modelo puramente arbitral, argumentando ser inconcebível duvidar de que o árbitro não teria capacidade de garantir voluntariamente o *due process*, com base em regras previamente estabelecidas e em conformidade com a *Federal Rule 23*, e ao mesmo tempo admitir que o árbitro seria capaz de decidir casos incrivelmente complexos[402]. Segundo o autor, isso traria ganho instrumental, mantendo consistente a lógica arbitral, além de ganho prático nos casos em geral, já que não se teria um vai-e-vem entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal. Estar-se-á reforçando a confiança no árbitro como julgador capaz de conferir adequadamente o *award*.

Segundo a *Canadian Consumer Initiative*, algumas premissas fundamentais devem ser respeitadas a fim de se resguardar os interessados quando houver a arbitragem coletiva (e, por tabela, a própria legitimidade do método escolhido). É necessário que o procedimento não prive os interessados do direito de acessar o Judiciário; os árbitros devem ser imparciais e seguir um código específico de conduta (pessoal, processual e jurisdicional) adequado ao processamento da demanda coletiva; o procedimento deve ser transparente e os jurisdicionados devem poder obter a informação

---

[400] BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review, vol. 58, pp. 249.

[401] BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review, vol. 58, pp. 249 e ss..

[402] O autor cita lides interbancárias, casos envolvendo o conceito RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*) e mesmo casos antitruste.

que lhes interesse, seja sobre o processo, seja sobre as partes, seja sobre o resultado; as garantias básicas do devido processo legal (contraditório, ampla defesa com prazos adequados, publicidade, fundamentação, imparcialidade etc.) devem ser observadas; há controle arbitral sobre a adequação da própria parte[403].

Ora, uma das grandes vantagens da arbitragem é a de justamente se abandonar, convencionalmente, algumas garantias básicas do processo judiciário modelo em prol de confidencialidade, celeridade, controle procedimental, *expertise* do árbitro.

A arbitragem coletiva, como se vê, possui tantas regras de resguardo em prol legitimidade procedimental que praticamente inocula todas as vantagens habitualmente enunciadas do método de solução em questão. Perde-se a confidencialidade em razão da necessidade de expor os elementos processuais aos interessados; perde-se a celeridade em razão da necessidade de garantir efetivamente o contraditório e a ampla defesa (além, naturalmente, da potencial interferência do Judiciário em razão de ajuizamentos de demandas correlatas por outros legitimados); perde-se o controle procedimental em favor de acertamento prévio do procedimento; perde-se a *expertise* do árbitro em favor de outros que sejam aptos a lidar com a natureza coletiva da matéria *sub iudice*.

Por isso é que a arbitragem coletiva a princípio não soa tão atrativa quanto a arbitragem individual, quando comparadas à via judiciária estatal. Entretanto isso não significa, necessariamente, que sempre não seja recomendável. Em determinados casos é natural que a arbitragem coletiva, ainda que não tenha todas as vantagens inerentes à arbitragem individual, mostre-se método de solução de conflitos mais interessante que outros.

A arbitragem coletiva permite que, num painel de árbitros, o presidente seja o árbitro com experiência na condução de causas de natureza coletiva, abrindo-se espaço para árbitros que tenham a *expertise* sobre a matéria discutida. Da mesma forma, a

---

[403] OPTION CONSOMMATEURS. *L'arbitrage collectif: une solution par les consommateurs? Étude présentée au Bureau de la consummation d'Industrie Canada*. Rapporte de Recherce – Option consommateurs, Juin 2007, p. 33.

arbitragem permite ao menos fugir das causas externas da morosidade, que é o excesso de litígios pelo órgão julgador – o que é impossível quando o método escolhido é o processo judiciário estatal –, o que a princípio indica uma celeridade maior. A arbitragem ainda permitiria o afastamento da recorribilidade, acelerando a operação da coisa julgada.

Naturalmente, não podemos simplesmente transportar as preocupações e soluções ora analisadas do direito estrangeiro ao nosso ordenamento, mormente porque o sistema processual coletivo daqueles países são diferentes do brasileiro. Isso não impede, porém, o reconhecimento de pontos tangenciais em que as preocupações – e mesmo as soluções – convergem.

De fato, adotada a premissa deste trabalho de que as soluções extrajudiciais de conflitos coletivos são admissíveis e viáveis, a arbitragem coletiva não poderia ter destino diferente. As cautelas necessárias, porém, são muitas, tanto para legitimar o instrumento quanto para que o mesmo não seja desvirtuado nem impedido.

A maior razão disto, aqui, reside no aspecto jurisdicional que confiro à arbitragem. Quem milita no sentido de não ser jurisdição aduz que esta característica seria inerente ao juiz togado como agente estatal, no exercício de mister exclusivamente público, conferido à autoridade que possui poder de forçar a decisão, substituindo imperativamente à vontade das partes de acordo com o escopo do ordenamento[404]. Com a devida vênia, discordamos, pois reputamos que jurisdição é a autoridade conferida a terceiro, juiz togado ou particular capaz, de pôr fim ao litígio mediante decisão vinculativa conforme preceitos legais (e, quando o caso, de equidade) aplicáveis, não se tratando nem de ato privativo de juiz togado, nem de ato exclusivo de autoridade estatal, muito menos patente de ser verificada apenas se o detentor da jurisdição tiver a permissão do uso da força.

Assim, porque o árbitro é, a partir do consenso das partes, legalmente investido do múnus público de julgador de uma matéria, conferindo-o o poder de definir a solução cabível de forma vinculante e executável – ainda que essa execução não possa ser

---

[404] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149 e ss..

determinada pelo árbitro, afinal o uso da força é monopólio estatal –, tenho que a arbitragem é jurisdição[405].

Nessa ótica, quais seriam as preocupações imanentes ao nosso ordenamento, a vim de viabilizar a adoção de arbitragem nas questões coletivas?

Primeiramente cumpre analisar, dentro do microssistema de processo coletivo, a vedação que traz o Código de Defesa do Consumidor à imposição da cláusula compromissória:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]
>
> VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem.

Como se vê, é a regra geral de que a cláusula compromissória é nula de pleno direito. Isso significa a impossibilidade absoluta de aproveitamento da arbitragem pelo consumidor? A doutrina a nosso ver mais acertada reputa que não.

Na Mensagem 162 de 26/05/2015 de veto parcial ao Projeto de Lei 406/2013 (que, sancionado em parte, deu vida à Lei 13.129/2015), assim se expressou o Vice-presidente da República em Exercício:

> Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:
>
> Senhor Presidente do Senado Federal,
>
> Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1o do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 406, de 2013 (no 7.108/14 na Câmara dos Deputados), que "Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição

---

[405] Nesse sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79, dentre outros.

> pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996".]§§ 2º e 3º do art. 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei
>
> "§ 2o Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.
>
> § 3o Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição."
>
> Razões dos vetos
>
> "Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor."

De fato, reputando-se o Código de Defesa do Consumidor como norma que teleologicamente advém em prol do hipossuficiente, é possível ampliar essa interpretação ao microssistema de processos coletivos também para os hipossuficientes, aqui entendidos os detentores de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos que não podem agir em nome próprio. Essa a razão pela qual defendo a mesma posição que sustentada pela Vice-presidência, inclusive para questões coletivas. A cláusula compromissória não poderia nem impor, nem vedar, a utilização da tutela coletiva, nem a figuração do interessado coletivo como substituído na demanda coletiva. Se por ventura o legitimado coletivo assim optar (obviamente que com a anuência da parte contrária), nem ele estará vedado de fazê-lo como não estarão vedados de aproveitamento *in utilibus* os indivíduos interessados.

Sob essa ótica, é possível afirmar que a cláusula compromissória só é válida quando acionada pelo próprio hipossuficiente – e não contra o mesmo. Portanto, a cláusula compromissória só é válida se *in mellius*, jamais *in peius* ao interessado e não seria admissível a sua utilização como mecanismo de blindagem, ao contrário do que ocorrido nos Estados Unidos. A coisa julgada arbitral seria aproveitável à coletividade.

Como a coisa julgada em relação aos indivíduos interessados se forma apenas se o julgamento lhes for favorável (coisa julgada *secundum eventum litis*), não há maiores preocupações no que tange à legitimidade da arbitragem em relação aos mesmos. O interesse, para esse tipo de relação, é mais do réu na demanda coletiva arbitral.

A questão, porém, ganha contornos absolutamente diversos em consideração aos legitimados coletivos, já que a coisa julgada ali formada se forma *pro et contra*, *secundum eventum probationis*, ou seja, a coisa julgada encampa todas as pretensões que não venham calcadas em fundamentos de prova diversos daquela já rechaçada no primeiro processo. Dessa forma, a observância do devido processo legal é estritamente necessária dentro do procedimento arbitral.

Considerando esse elemento, é importante estabelecer um corte sobre os critérios a serem observados: os de legitimidade da utilização do procedimento arbitral (ou seja, focado no compromisso arbitral) e os de legitimidade do próprio procedimento arbitral (ou seja, o respeito ao devido processo legal na arbitragem coletiva).

A primeira questão importante de se observar é a arbitrabilidade objetiva a ser encaminhada pelo compromisso arbitral: não se pode relegar ao árbitro a decisão acerca do núcleo duro do direito coletivo – ou seja, em nenhuma hipótese se poderia submeter à arbitragem a seguinte questão: "o réu é responsável por algum dano coletivo?", já que tal matéria se insere no âmbito indisponível e intransigível do direito coletivo, recaindo na proibição do artigo 1º da Lei de Arbitragem[406]. Se não houver acordo com a parte infratora acerca de sua responsabilização por dano coletivo, esse debate deve necessariamente ser tecido no processo jurisdicional estatal – *necessariedade da jurisdição estatal*[407].

---

[406] Lei de Arbitragem, art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[407] Nesse sentido caminhou o Projeto de Lei 5.139/2009, que visou a implantar no Brasil o Código de Processos Coletivos. Especificamente do Projeto, constou: Art. 19. [...] §1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. [...]§3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Assim, a arbitrabilidade objetiva poderia, no máximo, se limitar à forma de reparação do dano coletivo, bem como à natureza e intensidade de eventual punição ao infrator. Não há espaço para se discutir se os fatos são responsabilizadores do réu ou não, nem se há dano ou não – isso é premissa para qualquer submissão de outras questões à tutela arbitral. Isso se extrai da redação do artigo 1º da Lei de Arbitragem. É impossível fugir dessa legalidade.

Nesse sentido, analogamente, SCAVONE JÚNIOR[408] aduz de forma parcialmente correta que:

> [...] Ninguém pode transacionar, abrindo mão do seu direito à honra, que é um direito da personalidade.
>
> Todavia, a afronta à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais.
>
> Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da lei 9.307/1996.
>
> Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este é indisponível.
>
> Todavia, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta.

Entendemos que parcialmente correta porque o trecho "nada obsta que [o árbitro] decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito" não se mostra, com todo o respeito, acertado. Afinal se o árbitro se debruça sobre a matéria, está solucionando controvérsia acerca de direito indisponível, ainda que essa controvérsia seja fática e não jurídica. Não pode ser submetida à arbitragem o direito indisponível, razão pela qual não tem o árbitro legitimidade para decidir se houve ou não lesão ao direito indisponível, mesmo que em análise fática. No caso, mister a remessa da questão ao juízo estatal, a fim de que dirima sobre a ocorrência do fato e da lesão e da responsabilidade do ofensor, podendo a matéria retornar à competência do juízo arbitral para definir o *an* e o *quantum debeatur*.

---

[408] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

Mas é importante destacar: a assertiva deste trabalho sobre a arbitrabilidade objetiva ser assim restrita em relação aos litígios coletivos e à análise fática dos mesmos advém da vedação de submissão da arbitragem quanto a direitos indisponíveis patrimonialmente. Advém da Lei, que vindo a ser alterada sobre o tema, fará cair por terra a limitação.

Poderíamos discutir se esse critério de indisponibilidade, hodiernamente, se mostra apto a captar a essência da arbitragem, tida em maioria como atividade jurisdicional. Por que não poderia o árbitro tratar de direitos indisponíveis, nem mesmo incidentalmente, mas poderia o juiz, se ambos exercem atividade jurisdicional de igual valia[409]? Entendo pertinentes as considerações de LIMA, ancorado em Paula Costa e Silva, de que não existem razões ontológicas para se afastar as causas que versem sobre direitos indisponíveis da jurisdição arbitral[410], bem como os questionamentos de GRINOVER[411].

A construção clássica que expunha a decisão arbitral como "de segundo nível", por assim dizer[412], está cada dia mais superada pela visão equivalente das decisões arbitrais e judiciais. Talvez estejamos diante de mais um paradigma a ser rompido no que tange ao alcance da arbitragem[413]. Mas fato é que o direito hoje posto no Brasil impede a submissão da causa que verse sobre direitos indisponíveis ao crivo da jurisdição arbitral.

---

[409] Não fossem de igual valia, poderia o juiz redecidir a causa submetida à arbitragem, o que não se verifica. Hoje, sequer se submete a verdadeira sentença arbitral à homologação judicial.

[410] LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação de mestrado, UFBA, Salvador, 2009, p. 63.

[411] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista de Processo*. n. 136, Jun. 2006. p. 263.

[412] Já que antigamente se exigia até mesmo a homologação do então chamado laudo arbitral.

[413] Ainda LIMA destaca que o direito tedesco não incorporou em suas leis sobre arbitragem a disponibilidade como critério de arbitrabilidade, fazendo referência apenas à patrimonialidade e, em casos de não-patrimonialidade, à transigibilidade – art. 1.030 do *ZPO*. Cf. LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação de mestrado, UFBA, Salvador, 2009, pp. 64-65.

Com respeito aos que pensam diversamente[414], não vejo razões que justifiquem sustentar que a redação do artigo 852 do Código Civil atual permita cogitar de derrogação tácita do artigo 1º da Lei de Arbitragem quanto à indisponibilidade como óbice à arbitrabilidade no compromisso arbitral, afinal parece-me no caso específico[415] que com outras palavras pretendeu o legislador dizer a mesma coisa tanto na norma civil quanto na arbitral[416]. É meu entendimento que a matéria deve ser revista, mas da forma como posta hoje, reputo que seria necessária nova redação aos dispositivos aplicáveis. Como já afirmou CARMONA, "a Lei fez uma opção, que seguramente não é a melhor, mas há de ser respeitada"[417].

Reafirmo, assim, o posicionamento anterior de que quanto ao núcleo duro do direito indisponível não se poderá submetê-lo à arbitragem – leia-se: o árbitro não detém legitimidade para decidir essa controvérsia. Não há, porém, óbice para que o árbitro decida aspectos acessórios. Em suma: detém arbitrabilidade objetiva as questões não-nucleares do direito coletivo.

Resolvida a questão da admissibilidade da convenção arbitral e a arbitrabilidade objetiva, cumpre aduzir breves comentários[418] sobre o procedimento arbitral ideal a fim de legitimar a opção arbitral.

---

[414] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27; LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação de mestrado, UFBA, Salvador, 2009, p. 72, ressaltando que este último reconhece, ao final, que majoritariamente se tem que não houve qualquer derrogação, cf. p. 130.

[415] A questão é de interpretação da norma em específico em conjunto com o sistema, não de confusão de conceitos, já que aqui neste estudo deixei claro que disponibilidade, patrimonialidade e transigibilidade não sãxo sinônimos. Não me utilizo de esforço hermenêutico para extrair da norma aquilo que pessoalmente desejo (e que coincide com o ideal de ampliar a arbitrabilidade).

[416] Não por acaso, aduziu TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 846, que "conforme prevê o art. 852 do CC, a arbitragem restringe-se somente a *direitos patrimoniais disponíveis*" (destaques do original). E também disse CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51, que "em outros termos, a edição do artigo em questão do Código Civil vigente nada acrescentou (e nada retirou) ao art. 1º da Lei de Arbitragem".

[417] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 291.

[418] Os comentários serão breves pois a matéria, se estudada a finco, daria ensejo a uma dissertação própria, o que não é a intenção deste trabalho. Focaremos nos principais aspectos.

Em verdade, o procedimento arbitral deve seguir todos os raciocínios de argumentação jurídica já expostos nos capítulos anteriores, com o detalhe especial de que, em se tratando de procedimento adjudicatório, ainda que extrajudicial (e especialmente por o sê-lo), a arbitragem deve observar a ampla participação democrática de todos os interessados, convocando todos os legitimados coletivos a participar efetivamente do processo, bem como buscando ativamente convencer estes legitimados a aceitar essa participação.

É importantíssimo, ainda, que se admita a participação de assistentes litisconsorciais sempre que possível, assim como a intervenção de *amicus curiae* sempre que se mostrar prudente, mesmo que o tema seja objeto afeto à especialização do árbitro. A existência de inúmeros argumentos lógico-jurídicos e seu enfrentamento reforçarão a arbitragem.

Os prazos devem ser previamente abordado com todas as partes, em reuniões ou regulamentos próprios, bem como os métodos de protocolo devem ser amplos. A ausência do efetivo contraditório por preclusão deve ser evitada ao máximo, para que a arbitragem seja o mais abrangente possível.

A decisão do árbitro deve cuidar de enfrentar um a um o fundamento de todas as partes vencidas, inclusive por analogia ao que dispõe o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, sendo-lhe vedada a fundamentação sucinta e informal para o caso de conflitos coletivos, haja vista a necessidade de legitimar todo o procedimento, a fim de justamente estender essa legitimidade à sentença arbitral. Nenhuma possibilidade de nulidade ou cerceamento de defesa deve remanescer do processo da arbitragem.

Mas, mesmo que tudo isso venha a ser seguido no processo arbitral, ainda assim sua imutabilidade *pro et contra*, *secundum eventum probationis* não se aplica amplamente. Primeiro porque o critério *pro et contra* somente será aplicável a quem efetivamente aderiu à cláusula ou compromisso arbitral, o que fica implícito se houver o ingresso espontâneo no curso do processo de arbitragem; os demais legitimados coletivos não serão vinculados à decisão arbitral se não fizeram parte desse processo, não havendo sequer obrigatoriedade de ingressar por convocação do árbitro, que não detém nenhuma autoridade sobre esses estranhos ao pacto arbitral. Não houve cessão da jurisdição à

arbitragem por parte destes, que não podem assim ter a jurisdição afastada para decidir o mérito do conflito. Em segundo lugar, o critério *secundum eventum probationis* fica impertinente, pois ou os legitimados coletivos participaram do processo, e aí estão vinculados à decisão a despeito das provas produzidas, ou não participaram do processo, e ali não produziram provas quaisquer e nem autorizaram um arbitro a fazer análise sobre as provas que pretendem produzir (em outro âmbito). Dessa forma, até mesmo a mesma prova pode levar a uma rediscussão da causa.

Como se vê, além de todos os empecilhos em relação à mitigação das vantagens usualmente presentes na arbitragem (celeridade, especialidade, controle do procedimento etc.), o âmbito de arbitrabilidade objetiva é muito pequeno (quase que desinteressante, em especial ao réu) e, mais, a decisão sequer vincularia que não participou do processo arbitral, já que para os indivíduos atingidos individual a coisa julgada é apenas *secundum eventum litis* (não impedindo então qualquer (re)discussão no Judiciário) e mesmo para os legitimados coletivos a formação da coisa julgada *pro et contra, secundum eventum probationis* fica restrita apenas àqueles que efetivamente participam da arbitragem. Em suma: a utilidade da arbitragem somente se apresenta se o réu entender que o método é adequado a despeito de, em relação a todos os demais não participantes desse procedimento, não ser absolutamente vinculante, podendo apenas servir como elemento persuasivo, mas não que obsta a rediscussão judicial da causa coletiva. Tudo levado em conta, é razoável cogitar a raridade dos casos em que os réus terão a arbitragem como método adequado para a solução desses conflitos, a despeito dos inúmeros textos doutrinários incentivando esse método.

CAPÍTULO 5 – INSTRUMENTALIZAÇÃO

5.1 – INSTRUMENTALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL: IMPORTÂNCIA E LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS

Como apontamos no capítulo 3 deste estudo, a solução extrajudicial dos conflitos coletivos depende de uma construção racional e discursiva que legitime a adoção do método, a despeito de aqueles que atuem em favor dos interesses coletivos não sejam os verdadeiros – muito menos únicos! – detentores da titularidade desses interesses. Sem essa construção, seria juridicamente questionável a própria utilização da técnica extrajudicial para solucionar questões de interesses tão sensíveis, além de potencialmente inviabilizar qualquer solução que viesse a ser alcançada, por inevitável questionamento judicial da mesma, dado o compartilhamento de legitimidade entre diversos atores para a atuação na esfera coletiva.

Esse discurso racional, sobrevindo o acordo, deve ser necessariamente instrumentalizado. Há, portanto, obrigatoriedade da forma escrita, sob pena de nulidade do acordo[419]. A razão é para trazer segurança jurídica aos colegitimados que participaram

[419] Aplicação própria do artigo 842 do Código Civil, que exige a forma escrita para a transação, o que se aplica para a transação coletiva. Mesmo para aqueles que reputam que soluções extrajudiciais em litígios coletivos não podem ser considerados transação por supostamente não haver concessões mútuas, como por exemplo LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo:

da tecelagem da solução, assim como àqueles que estiveram "do outro lado da mesa", quais sejam os indigitados violadores dos interesses metaindividuais, mas principalmente para convencimento por parte daqueles que "sequer se sentaram à mesa", quais sejam os demais colegitimados, o Poder Judiciário que eventualmente pode ser chamado a decidir sobre a correção do acordo encetado e, também, as próprias pessoas eventualmente interessadas individualmente na causa.

Bem andou MAZZILLI ao propor que a lei deveria "instituir um adastro nacional dos compromissos de ajustamento de conduta, para permitir melhor controle da coletividade sobre sua existência seu objeto e sua execução"[420]. Infelizmente, ainda não houve movimentação por parte do Legislativo ou mesmo espontaneamente pela Administração Pública para tanto.

É na instrumentalização do acordo que deverão ser fixadas todas as premissas fáticas admitidas consensualmente, assim como a culpabilização ou não e a extensão da responsabilidade, além de todos os conceitos jurídicos adotados (para que não haja erros interpretativos, especialmente por aqueles que não participaram do procedimento consensual) devidamente explicitados e explicados. A instrumentalização, assim, não deve se limitar à descrição simplória de partes, objeto e prestação. Deve ir além, para esclarecer todos os pontos controvertidos debatidos em que foi possível obter consenso, bem como dentro do possível relatar os cuidados adotados e o *iter* percorrido até a obtenção do acordo. Tudo isso em voga, sairá fortalecido o acordo e a segurança jurídica deste.

Revista dos Tribunais, 2011, p. 350 e p. 421, que aponta natureza de submissão, ou ainda MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404, é possível ainda assim aplicar o dispositivo por analogia, considerando-se que não há exigência de escritura pública e de que a solução deve ter publicidade quanto a seus termos, de modo que a forma escrita é obrigatória, ainda que por instrumento particular. Já defendi alhures, porém, que ignorar a existência de concessões mútuas nesses acordos extrajudiciais não é possível dado que há pretensões que são flexibilizadas ou relegadas a um segundo plano em prol do consenso, e a existência de núcleos duros indisponíveis intransigíveis não faz com que esses acordos não representem transação. Apenas não se faz um leitura sinonímica da transação civil individual em relação à transação coletiva.

[420] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 405.

Não há limitações subjetivas para firmar, como parte, o instrumento que celebra o acordo extrajudicial em sede de litígios coletivos. Aqui se defende a ampla participação democrática em qualquer das técnicas de composição utilizadas, portanto mesmo àqueles que não são legitimados coletivos para a ação coletiva não há óbice a que figurem como parte do acordo, firmando o instrumento. O que há em verdade é um mínimo necessário para a celebração de qualquer acordo em seara coletiva: que ao menos um legitimado coletivo o firme, em conjunto com o devedor da solução extrajudicial construída. Não é possível cogitar de um acordo extrajudicial de ordem coletiva sem que um legitimado coletivo descrito no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública conste como subscritor do termo.

Àqueles que não tomarem parte como subscritores do acordo em seara coletiva possuem posição curiosa: isso lhes trará amplos caminhos de atuação. Isso porque não ficam vinculados ao acordo, podendo questioná-lo, se assim reputarem pertinente, em juízo. Tratarei desse ponto mais adiante, pois opto por primeiro abordar outro, mais sucinto: poderão, outrossim, exigir o cumprimento dos termos do acordo, em caso de inadimplemento, ainda que não sejam subscritores do mesmo.

Essa legitimidade à execução decorre da legitimação da ação civil pública. Quem pode o mais, pode o menos[421]. Se a ação civil pública tem por finalidade a tutela o interesse coletivo, não há razão para que os legitimados à propositura desta demanda em fase de conhecimento não possam fazê-lo já em fase executória, quando a solução para o problema já houver sido alcançada extrajudicialmente, ainda mais com a própria anuência do, agora, executado[422]. Essa possibilidade é, porém, uma faca de dois gumes: se por um lado pode ser de grande valia aos interesses coletivos nos casos de negligência daquele legitimado que subscreveu o instrumento, de outro o inadimplemento pode ter decorrido da inadequação das soluções encontradas, como por exemplo a inexequibilidade, e estas poderão estar sendo renegociadas (ocasião em que não há negligência) ainda em sede

---

[421] No mesmo sentido, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 423.

[422] Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 405, para quem "o compromisso de ajustamento de conduta gera um título executivo em favor do grupo lesado, e não em favor do órgão público que o toma".

extrajudicial. Nesta última hipótese, o ajuizamento da execução poderá se mostrar pernicioso aos interesses coletivos, pois além de prejudicar a renegociação, poderá ensejar a tentativa de cumprir o impossível.

Porém, caminhando em sentido contrário ao ora sustentado, infelizmente o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a execução de termos de ajustamento de conduta não adimplidos espontaneamente somente é cabível pelos legitimados a firmar os termos, e não a todos aqueles que podem propor a ação coletiva:

> ADMINISTRATIVO E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AJUIZADA POR SINDICATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, 6º E 13 DA LEI 7.347/85.
>
> 1. A controvérsia cinge-se em saber se os Sindicatos são legitimados a ajuizar ação de execução referente a Termo de Ajustamento de Conduta, tomado pelo Ministério Público, alegadamente não cumprido.
>
> 2. Se apenas os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública que detenham condição de órgão público podem tomar das partes termos de ajustamento de conduta (arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85), não há como se chegar a outra conclusão que não a que somente esses órgãos poderão executar o referido termo, em caso de descumprimento do nele avençado.
>
> 3. Assim, não há como admitir a legitimidade do Sindicato em requerer a execução de compromisso de ajustamento de conduta, ainda que signatário, tendo em vista que não possui competência para firmá-lo.
>
> 4. Soma-se a isso o fato de que a multa obtida com o descumprimento do compromisso, por expressa previsão legal (art. 13 da Lei 7.347/85), há de ser revertida a um fundo de reparação dos danos aos interesses difusos e coletivos atingidos, não podendo servir ao interesse particular do Sindicato ou daqueles estabelecimentos que representa.
>
> 5. No caso dos autos, considerando que o compromisso foi tomado pelo Ministério Público, compete a este a devida fiscalização pelo cumprimento das obrigações assumidas no termo, assim como a respectiva execução em caso de descumprimento.
>
> 6. Recurso especial não provido.
>
> (REsp 1020009/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012)

A meu ver, trata-se de decisão pouco feliz, com todo respeito à Corte Cidadã, tendo em vista que a legitimidade coletiva diz respeito à pertinência temática dos interesses defendidos. Assumir ilegítimo qualquer ente não-público a requerer o cumprimento do termo de ajustamento é reputar este último como se fosse algo celebrado em prol do interesse dos órgãos públicos, e não da coletividade sobre o qual o compromisso se debruçou. O compromisso advém em favor dos interessados coletivamente, de modo que qualquer ente legitimado à tutela coletiva pode pleitear, legitimamente, a execução de compromisso não adimplido, desde que observada a pertinência temática[423].

Mais uma vez fica a recomendação: a atuação dos colegitimados à propositura da ação civil pública, e por conseguinte da execução de quaisquer acordos extrajudiciais, deve sempre que possível ser precedida de diálogo entre todos os entes envolvidos. Convém que as conversas envolvam o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos públicos relacionados e até mesmo as associações, sempre observada a pertinência temática de todos estes entes. Essa troca de ideias e informações apenas reforça a tutela do interesse coletivo. Não é concebível que, na defesa de interesses coletivos, naturalmente sensíveis, os colegitimados optem por atuar isoladamente. Interesses coletivos clamam atuações concatenadas entre todos os interessados.

Quanto ao ajuizamento de ação coletiva, a despeito da solução extrajudicial angariada, por outro legitimado que não fez parte das tratativas, a questão é mais delicada e enseja divergências doutrinárias, razão pela qual abordarei o tema em momento próprio mais adiante.

Essas as limitações subjetivas do acordo extrajudicial instrumentalizado.

Objetivamente, as limitações decorrem dos fatos narrados na instrumentalização do acordo, observada a ausência de transacionabilidade do núcleo duro dos interesses coletivos. É nulo de pleno direito o acordo que disponha do núcleo

---

[423] Em sentido diverso, porém, DINAMARCO, que anota que "mesmo nesses limites, em princípio uma entidade só será legitimada a executar com fundamento em sentença que ela própria houver postulado e obtido na qualidade de autora no processo de conhecimento" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163).

mínimo, não se convalescendo nem com o decurso temporal[424]. Tendo sempre em mente a transacionabilidade do núcleo duro dos interesses coletivos, a obtenção de um meio termo em relação aos aspectos laterais envolvidos traz uma satisfação ao devedor, que tende a cumprir de forma mais simpática a solução construída, ao passo que garante ao final a efetividade da tutela.

A tutela coletiva extrajudicial instrumentalizada se aterá ao conteúdo do termo do acordo extrajudicial, não obrigado assim o causador do dano a outros elementos objetivos ali não explicitados. Quanto ao direito tutelado, deve ser criteriosamente detalhado no instrumento, sob pena de dar margem a ajuizamento de demandas coletivas que envolvam o mesmo interesse coletivo, mas que não é possível aferir como objeto do acordo pela sua simples leitura.

Por tal razão é extremamente importante o amplo detalhamento de todos os pontos abordados na construção da solução coletiva, de modo a permitir o exercício Democrático de participação e controle, inclusive admitindo-se a ampla participação de outros coletigimados a fim de conferir maior legitimado ao quanto firmado na solução.

---

[424] Código Civil, Lei 10.406/2002.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

[...]

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

5.2 – O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA NATUREZA JURÍDICA

O principal exemplo de acordo extrajudicialmente obtido para a tutela de direitos coletivos é o compromisso de ajustamento de conduta, instrumentalizado no termo de ajustamento de conduta (TAC). Seu estudo já foi feito em parte neste trabalho, sob a ótica da legitimidade de celebração e sua condição de título executivo extrajudicial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, passou a prever de forma inovatória[425], em seu artigo 210, o compromisso de ajustamento de conduta. O Código de Defesa do Consumidor veio a acrescentar o §6º ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, ampliando o instrumento para todos os direitos de ordem coletiva (e por conseguinte legitimando inúmeros outros entes coletivos que, nos primórdios, não teriam pertinência temática para o uso da técnica). Essa breve retomada convém para estudarmos a natureza jurídica do instituto e as consequências dessa categorização.

Há quem repute o compromisso de ajustamento de conduta como submissão do causador do dano às exigências realizadas pelo legitimado coletivo tomador do compromisso. Nesse sentido, LEONEL, quando aponta que "não há concessão algum por parte do ente público legitimado, mas sim submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos"[426]. Por sua vez, FERREIRA sustenta, após estudo aprofundado sobre o tema[427]:

---

[425] Nota tomada inclusive por ZANELLATO, Marco Antonio. *Termo de ajustamento de conduta – TAC: aspectos gerais e polêmicos*. 2008. *In* http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf, acessado e baixado em 21/10/2013.

[426] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 349.

[427] FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termos de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. Dissertação de mestrado apresentada junto à FDUSP, 2011, p. 64.

> Diante de todas as correntes supra expostas, entende-se que a natureza mais consentânea com o instituto do termo de compromisso é, pois, a de negócio jurídico diverso, sendo:
>
> a) ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva espontânea do causador do dano em adequar sua conduta ao mínimo previsto pela legislação e;
>
> b) bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervém o órgão público e o promitente;
>
> c) a que a lei atribui eficácia de título executivo extrajudicial.

Essa é também a posição de MAZZILLI[428]. Não me parece, porém, ser essa leitura consentânea com o estado atual dos conflitos coletivos e seus meios de solução hoje disponíveis.

Vale apontar, inclusive, que a se acolher o entendimento da doutrina mais restritiva quanto à solução extrajudicial dos conflitos coletivos, teríamos que o compromisso de ajustamento de conduta seria uma mera submissão do violador dos direitos coletivos, assim como que o compromisso configuraria um mero patamar mínimo de direitos. Ora, se assim fosse, não haveria razão absolutamente qualquer para vedar a utilização do mecanismo pelas associações, afinal é impossível, sob essa ótica, vislumbrar qualquer possibilidade de se cogitar o compromisso como limitador ou, melhor, *regulador* da tutela coletiva.

O compromisso de ajustamento de conduta é negócio jurídico bilateral *assemelhado* à transação mas com ela não se confundindo, em que as concessões podem ou não ser mútuas porém, do lado do legitimado coletivo, sempre limitadas à observância do núcleo duro não transacionável dos direitos coletivos. Analogamente à transação administrativa[429], há de se ter em mente a transação coletiva, que não se confunde com

---

[428] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404.

[429] Cf. BERGAMASCHI, André Luis. *A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Tese de mestrado apresentada juntado à FDUSP, São Paulo, 2015, p. 65, ao anotar a nomenclatura do professor Gustavo Justino de Oliveira.

aquela notadamente focada em direitos individuais e regulamentada nos artigos 840 a 850 do Código Civil.

Enfrentamos no âmbito coletivo o mesmo vício na falsa ideia de que a *forma de defesa* dos interesses coletivos é impossível de sofrer concessões em busca da *efetiva tutela* desses interesses. Por isso é que duas pontuações de BERGAMASCHI, ancoradas em Rodolfo de Camargo Mancuso e Susana Henriques da Costa, são pertinentes: (i) o que importa é a preservação do núcleo essencial do direito irrenunciável, havendo entretanto a possibilidade de negociar os aspectos instrumentais a essa satisfação; (ii) o que não é possível é que o legitimado abra mão de interesse metaindividual ou mesmo de parcela dele, devendo a utilização do meio consensual ser utilizado como forma de proteção integral do direito por meio de negociação das formas, prazos e detalhes de como se dará essa proteção[430]. Portanto, o fato de ser necessário observar o núcleo duro dos direitos a serem tutelados não significa que não são possíveis outras concessões laterais a esses direitos, ou seja, que não possa haver transação. O mesmo autor, apesar de não ter posicionamento idêntico ao ora exposto, chega efetivamente a apontar que a "transação recairia, portanto, sobre as pretensões das partes e não sobre seus direitos ou interesses de fundo"[431].

Nesse sentido anda bem, mais uma vez, GAVRONSKI, para quem o compromisso de ajustamento de conduta[432]:

> Trata-se de um negócio jurídico bilateral. Esse negócio é limitado pela indisponibilidade dos direitos transindividuais por parte dos legitimados coletivos quanto ao seu conteúdo positivado, limitação que não afasta a possibilidade de autocomposição, nem torna esta, necessariamente, uma submissão, como na recomendação.
>
> [...]

---

[430] BERGAMASCHI, André Luis. *A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Tese de mestrado apresentada juntado à FDUSP, São Paulo, 2015, pp. 93-94.

[431] BERGAMASCHI, André Luis. *A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Tese de mestrado apresentada juntado à FDUSP, São Paulo, 2015, p. 124.

[432] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 382.

> Não é apropriado, entretanto, referir que o compromisso de ajustamento de conduta seja uma transação, especialmente se tomada a acepção que o termo recebe em nosso direito positivado.

Em se tratando de negócio jurídico bilateral, a sua executividade dependeu da atribuição, pela lei, de natureza de título executivo extrajudicial ao termo firmado e que instrumentaliza o compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, o termo de ajustamento de conduta – TAC. Se por um lado isso trouxe maior efetividade ao mecanismo, impôs aos tomadores e compromissados o dever de cuidar da liquidez e certeza das prestações devidas em razão do termo celebrado, além de outros requisitos[433]. Deve ser certo, ou seja, definido claramente quanto aos elementos que o constituem (sujeitos, natureza da relação e objeto), e líquido, ou seja, suas obrigações devem ser expressamente determinadas[434].

A lei fala em celebração do compromisso "mediante cominações". Não há se cogitar de nulidade do compromisso acaso as cominações não venham a ser fixadas previamente no termo. O compromisso está sujeito a cominações, mas não há necessariedade de tais cominações constarem já do termo de ajustamento. Portanto, deve cuidar, inclusive pelo comando legal, em fixar as penalidades pelo descumprimento do pactuado. Isso tornará mais célere a prestação jurisdicional, evitando-se a necessidade de arbitramento de cominação. Porém, no silêncio do termo, nada impede que o juiz supra a lacuna e, analisando as peculiaridades do caso, fixe as cominações aplicáveis, seja por força da Lei da Ação Civil Pública que permite a cominação, seja pelos poderes inerentes à jurisdição e à utilização de meios coercitivos para cumprimento da obrigação. Entra em cena a liquidação judicial.

---

[433] Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 408, que anota que "não nos parece demais insistir em que, para que as obrigações pecuniárias assumidas no compromisso de ajustamento tenham liquidez, o título deve conter obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto", indicando nesse sentido a Súmula 9 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

[434] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 390

Sempre que não for exigido prazo, reputa-se imediatamente exigível o adimplemento do compromisso previsto no termo. Porém, é usual a fixação de prazos para cumprimento das obrigações, até para viabilizar a efetiva tutela coletiva. Limitam-se, em regra, com prazos exíguos somente as antecipações de tutela e outras questões de urgência.

Não há exigibilidade de homologação do compromisso, nem pelo Ministério Público, nem pelo Poder Judiciário. Convém a amplificação da participação democrática para acampar o máximo de legitimados possíveis, mas não há necessariedade dessa conduta.

Como abordamos anteriormente, o Ministério Público é o órgão por excelência na atuação extrajudicial. Muitas vezes o faz pela utilização do inquérito civil, que funcione como catalisador das soluções consensuais. Também como há mencionamos, a celebração do compromisso de ajustamento de conduta torna afastado o interesse de agir. No âmbito extrajudicial, isso significa a desnecessariedade de prosseguimento do inquérito civil. Este, para seu arquivamento, sujeita-se a um controle pelo Conselho Superior da instituição. O problema que surge: corre-se o risco de se firmar o termo de ajustamento de conduta, encaminhando-se o arquivamento do inquérito civil ao conhecimento do órgão superior, que as obrigações tomadas pelo compromissado sejam cumpridas, para ao final o Conselho Superior poder reputar as obrigações do compromisso inadequadas à solução do conflito, impondo a manutenção do inquérito civil e, por conseguinte, da investigação. O risco de segurança jurídica nesse sentido desincentivaria a atuação extrajudicial.

GAVRONSKI, porém, debruçando-se sobre o tema, bem consignou que não há requisitos outros à eficácia plena do compromisso de ajustamento senão sua firma pelas partes pertinentes, sendo assim despicienda a homologação pelo Conselho Superior. A fim de evitar insegurança jurídica, o processualista recomenda a edição de enunciados pelos Conselhos Superiores a fim de trazer certa previsibilidade sobre seu posicionamento. *Pari passu*, pode o órgão de grau inferior consultar informalmente seus pares do órgão superior para, assim, ter maior segurança na decisão de celebração do compromisso e submissão do arquivamento ao Conselho. Por fim, as medidas não urgentes do compromisso de ajustamento podem ter relegados o seu vencimento para

apenas após a homologação do arquivamento pelo Conselho Superior. Tudo isso somado, dribla-se a insegurança questionada nos parágrafos anteriores[435]. Em outro sentido caminhou o Conselho Superior do Ministério Público Federal, ao diferir o arquivamento para apenas após o cumprimento do termo de ajustamento de conduta[436]. Bem apontou NEVES que "o termo de ajustamento de conduta celebrado pelo promotor de justiça não pode ter sua executividade condicionada à homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público"[437].

Por fim, podem ser objeto das prestações previstas no compromisso tanto aquelas obrigações de dar (indenizações e multas) como aquelas de fazer e não fazer (adoção de uma conduta omissiva ou comissiva em prol do interesse coletivo tutelado). Sem prejuízo dos ressarcimentos e das sanções, a tutela específica, geralmente caracterizada pela obrigação de fazer ou não fazer, é importantíssima para que o compromisso de ajustamento possa fazer, mais do que indenizar as lesões já ocorridas, cessar futuras lesões. É possível inclusive firmar termo de ajustamento de conduta após o julgamento de ação coletiva, desde que não advenha *in peius* à coletividade, podendo porém complementar lacunas da sentença[438].

---

[435] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 392-395.

[436] Resolução CSMPF 87/2006

Artigo 21. [...]

§8º. Cumpridas as disposições do compromisso de ajustamento de conduta, o membro do Ministério Público promoverá o arquivamento do procedimento administrativo ou do inquérito civil respectivo".

[437] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 424.

[438] Nesse sentido, o julgado a seguir, que tratou de ação coletiva questionando cláusulas de retenção abusivas em contratos com rede hoteleira: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO COLETIVA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONCRETA. TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. POSTERIOR À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. EFICÁCIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Não caracteriza violação do art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido declina, de forma expressa e coerente, os fundamentos adotados como razão de decidir. 2. Ação civil pública, proposta pelo Ministério Público estadual, julgada de forma definitiva no sentido de declarar nula cláusula contratual concreta que permitia a retenção de 35% dos valores pagos na hipótese de resilição unilateral de contrato.

5.3 – OUTRAS FORMAS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO

Nada impede que o acordo sobrevenha no curso do processo judicial que se debruça sobre a pretensão coletiva exercida. No caso, apesar de poder se assemelhar em muito ao termo de ajustamento de conduta, acaso venha a ser o autor coletivo um órgão público, fato é que não se pode cogitar de tal como termo, mas como acordo genérico que homologado judicialmente. A razão disso é justamente de que o termo de ajustamento é, por força legal, título executivo extrajudicial; um acordo tecido quando já pendente processo judicial sobre o tema carece de obrigatória homologação pelo magistrado, o que conferirá ao título a qualidade de executivo judicial, que é estranha ao compromisso instrumentalizado. Ademais, também não é possível assim se confundir pois o termo de ajustamento depende tão somente da adesão do órgão público tomador e do compromissado para que valha plenamente; *pari passu*, o acordo celebrado quando pende ação coletiva depende da adesão do magistrado, ou seja, da sua anuência por meio da homologação, o que implica a obrigatoriedade de sua participação que jamais existe em sede do que previsto abstratamente no artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública. Por fim, vale mencionar que a instrumentalização no curso de pendência de processo judicial pode ser obtida inclusive pela parte legitimada coletiva de natureza privada que enceta a solução extrajudicial e requer a homologação[439].

Trata-se, portanto, necessariamente de instrumentalização outra que não o que se costumou chamar de termo de ajustamento de conduta aquela que celebrada

3. Não viola a coisa julgada, porquanto compatível com os termos da sentença, a formalização de termo de ajustamento de conduta - TAC, posterior ao trânsito em julgado da ação civil pública, firmada pelo mesmo Ministério Público, com a finalidade de limitar a retenção a apenas 10% dos valores pagos, nas hipóteses de eventual extinção unilateral de contrato. 4. A contratação de percentual razoável para cobertura de eventuais despesas decorrentes da extinção anômala do contrato incentiva a manutenção das relações estabelecidas e o cumprimento do quanto acordado, concretizando assim a função social dos contratos. 5. Em atenção às peculiaridades do caso, ressalta-se que o referido TAC tem plena eficácia apenas quanto aos contratos firmados após sua formalização, de modo que, em relação aos contratos firmados antes de sua assinatura, incidirá exclusivamente o título coletivo transitado em julgado (modulação dos efeitos). 6. Recurso especial provido. (REsp 1548246/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

[439] Nesse sentido, bem andou NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 424.

enquanto pendente ação coletiva com as mesmas partes que a solução extrajudicial obtida. Mas essa não é a única hipótese de instrumentalização inconfundível com o TAC.

Como bem anota LEONEL, "os demais legitimados (privados, como as associações) não podem fazê-lo [celebrar compromisso de ajustamento], por ausência de previsão legal"[440]. Isso não significa que os mesmos não podem firmar acordos coletivos extrajudiciais – apenas não o fazem com a ampla facilidade conferida pela lei aos entes públicos em relação ao termo de ajustamento de conduta.

Essa legitimidade à execução decorre da legitimação da ação civil pública. Quem pode o mais, pode o menos. Se a ação civil pública tem por finalidade a tutela o interesse coletivo, não há razão para que os legitimados à propositura desta demanda em fase de conhecimento e em fase de execução não possam solucionar a questão extrajudicialmente. A lei cuidou apenas de não atribuir às soluções firmadas por entes privados o caráter executório previsto no compromisso de ajustamento de conduta.

De fato, se olhada a questão atentamente, é inegável que, a despeito da posição de fragilidade tanto institucionalmente quanto legitimamente das associações perante os demais órgãos públicos – os quais gozam de (falaciosa) presunção de que seguem a lei[441] – as associações são os legitimados coletivos que mais tendem a demonstrar familiaridade com os conflitos, e que portanto terão maior facilidade de sugerir soluções criativas[442].

---

[440] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351.

[441] Mais uma vez repiso minhas críticas respeitosas ao que anotou GAVRONSKI ao sustentar em favor dos órgãos públicos "justamente em razão de sua natureza pública, possuam maior comprometimento com a lei, estando acostumados em suas atividades ordinárias, a lhe assegurar fiel cumprimento" (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 387).

[442] Em atenção à nota 438, cumpre mencionar que o próprio GAVRONSKI, porém, parece posteriormente fazer um temperamento à sua tese, reforçando o posicionamento ora adotado da permeabilidade social das associações, para apontar que deveria se admitir a solução extrajudicial obtida por legitimados coletivos privados já por força de lei: "Negar absolutamente aos legitimados de natureza privada, notadamente às associações, com sua alta porosidade social e usual proximidade à realidade concreta, a possibilidade de atuar na criação e concretização dos direitos e interesses coletivos por meio do consenso construído argumentativamente, além de restringir o alcance desse princípio, atentaria contra o princípio da

Como já sustentei outrora, parece-me que a fim de evitar acordos ultrajantes, que inclusive poderiam ser firmados em absoluta disparidade na comparação entre a associação e o violador do interesse coletivo, dado que a Lei da Ação Civil Pública exigiu apenas a regular constituição das associações, a pertinência temática e ao menos 1 (um) ano de existência, a Lei optou por não permitir a solução extrajudicial de conflitos coletivos por meio de celebração de compromisso de ajustamento de conduta tendo do lado "ativo" desta relação apenas a associação civil.

Já sustentei que a cautela é prudente, para evitar colusões que dificultem a efetivação da tutela coletiva, como por exemplo associações criadas por pessoas conectadas com os violadores dos interesses coletivos, que passem a firmar com estes soluções extrajudiciais a fim de beneficiá-los, dificultando o acesso aos demais legitimados ou ainda aos próprios indivíduos (no caso de interesses individuais homogêneos). Mas isso deve ser observado à luz do contexto político e histórico quando da inclusão do §6º no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, o que se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Como já dito, quando do advento da legislação sobre o tema no início dos anos 1990, a tutela coletiva ainda estava caminhando à maturidade, sendo quase embrionária no país, posto que o principal instrumento legal, a própria Lei da Ação Civil Pública, possuía 5 (cinco) anos de existência. Naquele momento nem mesmo havia instituições privadas tão antigas e já consolidadas, como hoje vemos com o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC[443], com diversas associações consumeristas (tais quais as associações de vítimas de acidentes aéreos), dentre outras. Não havia ainda confiança nas instituições privadas para que se permitisse uma construção de tutela coletiva de forma não-supervisionada pelo Poder Público. Daí a se admitir a legitimação para a propositura

---

participação, ao impedir a sociedade civil organizada de buscar ela própria solução concreta para os problemas que a atingem diretamente" (GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 419).

[443] O IDEC foi fundado em 1987, ou seja, quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, que veio a alterar a Lei da Ação Civil Pública, o IDEC possuía apenas 3 (três) anos de existência. Hoje, caminha para seu 30º aniversário e, verdade seja dita, é mais velho até mesmo que este mestrando autor desta dissertação.

da ação coletiva, mas não se admitir o compromisso do ajustamento de conduta. Em suma: a associação civil tinha legitimidade para encontrar uma pretensão adequada, e para submeter essa pretensão em juízo, mas somente a este último caberia chancelar (pela procedência do pedido) a adequação dessa pretensão bem como torná-la exigível.

Porém essa cautela legal nunca serviu de impedimento absoluto à celebração da solução extrajudicial, que poderia ser efetivamente tecida sem nenhuma proibição legal que a vedasse. Tanto isso é verdade que a própria lei admite expressamente duas soluções coletivas por meio de associações: o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho (artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho[444] e artigo 613 do mesmo diploma[445]) de um lado, e a convenção coletiva de consumo (artigo

---

[444] Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais emprêsas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da emprêsa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

[445] Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatòriamente: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

[...]

III - Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

IV - Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

V - Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

107 do Código de Defesa do Consumidor[446]). O problema estaria na efetividade das soluções construídas. Apenas instrumentalizar a solução em um termo firmado pelas partes não lhe daria permissão para ser de plano exigido em juízo pela tutela executória.

Aqui prevalecem as mesmas regras de formação existentes para os compromissos de ajustamento de conduta e seu termo: é negócio jurídico bilateral que deve ser reduzido a termo para possibilitar a publicidade essencial às questões coletivas, devendo conter minuciosa descrição das negociações, dos fatos reconhecidos, dos conceitos utilizados, das partes envolvidas e das prestações devidas e punições cabíveis. Tudo para que se dê a máxima efetividade, observada a democratização do acesso à tutela coletiva e, por conseguinte, à justiça.

Porém, a executoriedade dos acordos coletivos firmados por entidades privadas não decorre pura e simplesmente da sua redução a termo, como ocorre por força de lei com o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelos órgãos públicos

---

VI - Disposições sôbre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VII - Direitos e deveres dos empregados e emprêsas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VIII - Penalidades para os Sindicatos convenentes, os empregados e as emprêsas em caso de violação de seus dispositivos. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Parágrafo único. As convenções e os Acordos serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenentes ou as emprêsas acordantes, além de uma destinada a registro. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

[446] Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990.

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1° A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2° A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3° Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

legitimados e pertinentes. Assim, cabe à entidade coletiva perseguir o preenchimento de outros elementos que propiciem a caracterização do acordo como título executivo.

A primeira forma que convém mencionar para a obtenção da qualidade executória ao instrumento contendo o acordo é pela sujeição da questão à homologação judicial. Apesar de, no caso, envolver a judicialização, esta se limitará à homologação e não à discussão da própria causa; a solução ainda terá sido extrajudicial, e apenas a solução extrajudicial dará ensejo a um título executivo judicial, em razão da homologação.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a construção já existente no Código de Processo Civil de 1973, prevê no artigo 515 que são títulos executivos judiciais "a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza" (inciso III). A intenção da lei foi ser ampla, e sua amplitude alcançou os acordos coletivos extrajudiciais celebrados por legitimados privados, certamente. Dessa forma, atingida a solução extrajudicialmente pelo legitimado coletivo de natureza privada em conjunto com o violador dos interesses coletivos, é possível reduzir essa solução a termo e submetê-la em juízo à homologação. Como fazê-lo?

A fim de promover grande estabilidade à solução extrajudicial obtida por meio de atuação de legitimado individual, cabe suscitar ação coletiva para homologação do pacto engendrado. Por ser ação de natureza coletiva, ainda que homologatória, cabe a participação do Ministério Público, como *custos legis*, que deverá necessariamente opinar pela adequação ou não da proposta a ser homologada. Assim, considerando-se a atuação do Ministério Público, eventual parecer positivo trará grande ganho de juridicidade ao pacto (por sua vez, eventual negativação trará grande prejuízo à solução intentada). E após a opinião do *Parquet*, seja favorável ou não, o juiz poderá decidir pela homologação ou não, porém se o faz em sentido positivo, a própria lei confere juridicidade ao pacto e o admite como título executivo judicial. Vale apontar, em tempo, que nada impede que o Ministério Público e o próprio magistrado, em amplo exercício do contraditório, sugiram,

sem caráter vinculativo, ou seja, de forma conciliatória[447], emendas ao acordo a fim de melhor adequá-lo aos interesses defendidos e, por conseguinte, facilitar a obtenção da homologação. O exercício democrático do contraditório é primordial para uma ampla legitimidade sociológica da solução extrajudicial obtida.

A desvantagem desse método é a ausência de eficácia imediata, pois não é possível, salvo aceitação espontânea por parte do causador do dano, a implementação das prestações previstas antes da participação opinativa do *Parquet* e da efetiva deliberação pelo juiz. Isso traz certo perdimento de tempo, o que porém não faz com que seja desaconselhável a estratégia, em especial nos casos mais sensíveis onde a expectativa de controvérsia é grande. A homologação judicial e a formação de título executivo judicial traz grande segurança ao acordo. Como aponta DINAMARCO[448], "significa que a execução nele fundada se fará pelas técnicas do cumprimento de sentença [...] e a matéria suscetível de ser posta como fundamento [de defesa] não pode incluir questionamentos de mérito referentes à situação existente antes do acordo e da homologação judicial", e complementa que "o acordo homologado tem força obrigatória entre as partes e sua idoneidade é atestada pelo ato judicial homologatório".

Outros caminhos também podem ser adotados: nada impede que o legitimado coletivo, após encetar todos os termos do acordo extrajudicial com o violador dos interesses coletivos, represente ao Ministério Público – ou mesmo a qualquer outro órgão público legitimado com pertinência temática, mediante exercício do direito de petição assegurado constitucionalmente no artigo 5º, XXXIV, a), da Constituição Federal – pleiteando o referendo da instituição pública. Feita a análise de correção por esta, e estando de acordo com os termos ajustados, poderão referendar a solução, realizando nova redução a termo. Ao final, a solução extrajudicial originalmente encetada por um legitimado coletivo de natureza privada, sem caráter executivo, passa a deter a configuração de verdadeiro compromisso de ajustamento de conduta que, reduzido ao termo de ajustamento de conduta, passará a deter todas as características deste, inclusive

---

[447] Seria verdadeiramente uma conciliação judicial, figurando o juiz e o membro do *Parquet* como conciliadores.

[448] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 264.

a qualidade de título executivo extrajudicial. Nessa hipótese, a *forma* adotada é a do termo de ajustamento de conduta, porém quem efetivamente logrou êxito na *obtenção* da solução foi órgão de natureza privada.

Segundo GAVROSNKI[449], essas seriam as únicas formas de conferir ao acordo extrajudicial obtido pelas associações civis em geral a qualidade de título executivo. Porém, ouso ampliar o leque, pois a lei não previu apenas uma forma de se atingir o título executivo almejado, em especial o extrajudicial. Da mesma forma, não me parece que a intenção do artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, ao permitir apenas aos órgãos públicos a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, tenha sido a de proibir, implicitamente, que legitimados coletivos de natureza privada pudessem celebrar acordos extrajudiciais visando à tutela de interesses coletivos ou, ainda, que estes não pudessem conferir qualidade de título executivo a tais acordos quando instrumentalizados[450]. Essa leitura seria ir na contramão da evolução histórica e do princípio democrático que permeia a tutela coletiva no Brasil, além de enfrentar o princípio da legalidade, posto que a lei não vedou a conduta expressamente. Quis a lei, no meu sentir, apenas criar barreiras para evitar abusos e, ao mesmo tempo, conferir legitimidade àqueles acordos que preenchessem os requisitos para adquirir a qualidade de títulos executivos.

O Novo Código de Processo Civil passou a prever, na esteira da legislação já vigente no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 784 que seriam títulos executivos extrajudiciais inúmeras outras formas, valendo citar porque pertinente ao presente estudo: (i) a escritura pública ou outro documento público assinado pelo

---

[449] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 424.

[450] Em sentido contrário, porém, DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 315, para quem "em virtude de a maioria dos direitos coletivos serem indisponíveis e dotados de relevância social, o legislador limitou a conciliação extrajudicial aos 'órgãos públicos', vistos que devem observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na sua atuação (art. 37, *caput*, da CR)". A meu ver, porém, essa argumentação peca seja na própria interpretação da questão à luz da ampliação da tutela coletiva, seja no fato de que entender a legitimidade apenas a órgãos públicos em razão da suposta juridicidade destes é fechar os olhos para a realidade de que os maiores infratores da lei são os próprios órgãos públicos (ainda que não se confundam, necessariamente, com os legitimados à atuação em nível coletivo).

devedor, conforme inciso II[451]; (ii) o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas, conforme inciso III; (iii) o instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal[452], conforme inciso IV. Quanto a este último método, a própria Lei de Mediação previu[453] que quem se submetesse ao procedimento extrajudicial de mediação nos termos da mesma lei poderia ao final reduzir a termo o conteúdo e obter com isso título executivo extrajudicial.

Assim, se o acordo extrajudicial obtido a partir da atuação de um legitimado coletivo de natureza privada com pertinência temática, sem a participação de nenhum outro órgão público colegitimado, é possível fazer com que o mesmo seja instrumentalizado em diversas formas legalmente previstas para a obtenção da executoriedade, ainda que sob a forma extrajudicial. Dessa forma, a instrumentalização pode se dar por meio de escritura pública assinada pelo devedor da prestação em favor dos interesses coletivos, constando ainda as formas, os modos e os prazos da prestação, e essa escritura deterá força de título executivo extrajudicial; outro modo seria a instrumentalização em documento particular, porém firmado pela presença de duas

---

[451] Esta hipótese não se confunde com aquela obrigação prevista no artigo 107, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a necessidade de registro do instrumento *particular* no cartório de títulos e documentos, o que não se confunde com a lavratura de um instrumento público, usualmente lavrado pelo tabelionato de notas.

[452] Quanto ao prévio credenciamento no tribunal, parece-se que essa exigência não mais se mostra pertinente ante o advento do artigo 9º da Lei de Mediação, que dispensa a necessidade de prévia inscrição em tribunal, bastando a capacitação para fazer mediação, cujos critérios capacitativos encontram-se disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça no endereço eletrônico http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf, último acesso em 01/12/2016, e dizem respeito à formação teórica e prática, não me parecendo ser necessário o credenciamento efetivo, salvo para atuar como mediador judicial. Nesse sentido, também, o que consta no Especial Cidadania do Senado Federal, edição 518, de 23/06/2015, que aponta que "nas questões extrajudiciais qualquer pessoa que tenha confiança das partes pode ser mediador. [...] É também necessário que se capacite em uma escola de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais."

[453] Lei de Mediação, Lei 13.140/2015.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

testemunhas[454], indicando com certeza e liquidez as prestações devidas; ou ainda mediante a utilização de procedimento de mediação (ou ainda de conciliação) em que, atingido um consenso, haja redução a termo, firmada pelo mediador capacitado atestando a utilização do procedimento, conforme artigo 20 da Lei de Mediação. Observadas tais formas, e constantes os requisitos imprescindíveis de certeza e liquidez da obrigação devida, há qualidade de título executivo extrajudicial aos acordos extrajudiciais, mesmo que firmados por legitimados coletivos que não sejam órgãos públicos.

Portanto, não me parece que o único meio para a obtenção de título executivo extrajudicial possa ser apenas o referendo por outros órgãos públicos. É possível ao legitimado coletivo vincular executoriamente a parte adversa, a fim de dar executoriedade ao acordo obtido, mediante o preenchimento de qualquer dos elementos mencionados no parágrafo anterior.

Parece-me, inegavelmente, uma amplitude enorme à obtenção da força exequente, face à facilidade de preenchimento dos requisitos mínimos exigíveis pela lei para conceder a qualquer título tal qualificação (ex.: assinar em conjunto com advogado regularmente constituído). A crítica, porém, não deve ser quanto à admissão da qualificação executiva de forma facilitada pelas soluções extrajudiciais coletivas, mas sim à própria facilitação à obtenção de qualquer título executivo extrajudicial[455]. Se nossa lei entende que o preenchimento de tais requisitos formais é o suficiente para conferir idoneidade ao documento que comprovaria a dívida e, por conseguinte, a viabilidade da tutela executória, o mesmo deve valer para tutelas de ordem coletiva, cujo controle de idoneidade ainda conta com o mecanismo da legitimação legal contida no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e também com o controle da atuação adequada e da adequação da própria tutela (critérios de correção já expostos no capítulo 3).

---

[454] Algo verdadeiramente muito fácil de se conseguir obter, o que causou grande surpresa a Giovanni Bonato, professor italiano na França e visitante no Brasil, como expôs durante suas participações nas aulas da pós-graduação da Faculdade de Direito da USP em 2014.

[455] Mais uma vez relembrando o curso de pós-graduação e os ensinamentos de Giovanni Bonato, causou muita surpresa ao jurista italiano erradicado na França, portanto profundo conhecedor dos dois sistemas, a facilidade com que se obtém um título executivo extrajudicial, tal como a mera assinatura por duas testemunhas.

CAPÍTULO 6 – DAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COLETIVOS

A adoção de soluções extrajudiciais para os conflitos coletivos, como vimos anteriormente, é admissível, útil, legítima e inclusive já utilizada em nosso sistema de tutela coletiva há muitos anos, apesar da resistência jurisprudencial e doutrinária de efetivamente admitir tais soluções como verdadeiros acordos, e não meras submissões por parte do causador do dano coletivo. Vimos, também, que a tutela coletiva obtida extrajudicialmente pode constituir tanto título executivo judicial quanto extrajudicial. Resta, assim, entender as consequências processuais à coletividade, e também aos indivíduos, ante o advento dessas soluções. Dividiremos o estudo segundo o corte conceitual trazido pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, por ser o qual amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência[456], e retomaremos um pouco do que já estudado nos tópicos anteriores.

6.1 – DA COLETIVIDADE DIFUSA

Retomando o que visto anteriormente, interesses difusos são aqueles de que gozam toda a coletividade composta por indivíduos indetermináveis correlacionados

[456] Repiso que não será objeto deste estudo discutir a fragilidade que possa existir nessa conceituação legal, e sua eventual impertinência para uma ou várias situações da vida que dificultariam a compreensão do litígio coletivo. Como já mencionei alhures, bom compêndio sobre essas críticas é possível se localizar no estudo de COSTA. Mateus Pereira *et. al. Da classificação dos direitos coletivos ao reconhecimento da "prescrição" dos direitos individuais homogêneos: equívocos teóricos e o precedente dos expurgos inflacionários*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Número 4/2011. JFPE: Recife, pp. 334-341.

por circunstâncias de fato[457], visando à defesa de interesses indivisíveis transindividuais[458]. Tais interesses são caracterizados pela impossibilidade de identificação de todas as pessoas ligadas pelo fato[459]. Essa a primeira categoria que analisaremos.

A legitimidade para a tutela desses interesses é sempre de ordem coletiva, de modo que não é possível a nenhuma pessoa que não aquelas apontadas no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, ou por meio da ação popular, atuar em âmbito coletivo. A legitimação é concorrente e disjuntiva[460], ou seja, pode ser exercida por qualquer dos colegitimados, ainda que de forma singular, e sem necessariamente concatenar com a atuação dos demais[461]. Mas, havendo o ajuizamento da ação, é possível cogitar dos relacionamentos interprocessuais, tais quais continência, conexão e litispendência, a ensejar efeitos de um e outro. No âmbito da tutela coletiva extrajudicial, isso não é diferente, ainda que os efeitos sejam outros.

A coisa julgada será *pro et contra, secundum eventum probationis*, ou seja, a coisa julgada encampa todas as pretensões que não venham calcadas em fundamentos de prova diversos daquela já rechaçada no primeiro processo.

---

[457] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 183-184.

[458] Cf. art. 81, parágrafo único, I, do CDC.

[459] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

[460] Conforme, com respaldo em José Carlos Barbosa Moreira, anota MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

[461] "Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação de outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou, facultativamente, em conjunto com outros (litisconsórcio)." (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155).

Estas as premissas a serem utilizadas para verificar os efeitos do advento da solução extrajudicial.

Convém estabelecer um corte metodológico para o estudo: primeiro, analisaremos acordos extrajudiciais que, firmados por colegitimados de natureza privada, não tenham adquirido a qualidade de título executivo extrajudicial ou judicial. Em seguida, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, detenham a qualidade de título executivo extrajudicial. Por fim, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, tenham sido submetidos à qualificação como título executivo judicial.

Já tratamos nos capítulos anteriores que a simples obtenção de um acordo extrajudicial por um legitimado coletivo de natureza privada não confere ao acordo, mesmo que reduzido a termo, a qualidade de título executivo. Diferentemente do que ocorre com órgãos públicos, os quais ao celebrarem acordos estes recebem apontada qualidade por força de lei, a situação das associações civis e correlatos é mais sensível, sendo possível cogitar de uma acordo extrajudicial, reduzido a termo (portanto provado documentalmente), mas sem nenhuma força de título executivo atribuída por lei.

Se e enquanto o acordo extrajudicial obtido não detiver a qualidade de título executivo, sempre haverá interesse processual, a qualquer dos legitimados, a pleitear em juízo qualquer tutela que reputar adequada. Neste caso, o acordo extrajudicial, por carecer de efeitos executórios, servirá apenas como elemento de persuasão racional ao juiz e não terá o condão de obstar qualquer atuação dos colegitimados, posto que a estes sempre será resguardado o poder legítimo de defender coletivamente os interesses pertinentes a fim de obter um título executivo que seja capaz de impor uma transformação no plano material. Entender por diverso seria suprimir a busca por uma via executória da solução ao problema coletivo, o que iria contra o princípio da atuação adequada e a máxima efetividade da tutela, além do efetivo acesso à ordem jurídica justa. Se a solução extrajudicial instrumentalizada não detiver a qualidade de título executivo, poderá o legitimado coletivo, qualquer um deles[462] e não só quem encetou a solução,

[462] Sempre observada a pertinência temática.

pleitear a homologação judicial em ação coletiva de conhecimento, a fim de obter a qualidade de título executivo judicial.

Por essas razões reforço que (i) deve ser permitida a qualificação executiva de todos os acordos extrajudiciais tecidos pelos legitimados coletivos, e não só àqueles órgãos públicos na forma do compromisso de ajustamento de conduta, como já defendido alhures, e que (ii) na mesma toada, todos os legitimados coletivos devem buscar indigitada qualificação a suas soluções conquistadas, a fim de evitar a inutilização de seus procedimentos pelo advento de outras soluções que detenham apontada qualidade.

Procedo à análise dos acordos detentores da qualidade de título executivo extrajudicial, a saber, aqueles oriundos do compromisso de ajustamento de conduta tomado por órgãos públicos ou aqueles oriundos de soluções extrajudiciais construídas por legitimados coletivos de natureza privada e formalizados sob os requisitos do artigo 784 do Novo Código de Processo Civil.

Se o acordo extrajudicial instrumentalizado detiver a qualidade de título executivo e não vier a ser cumprido, ou seja, estarmos diante de verdadeiro inadimplemento, cabe a qualquer interessado propor tanto a ação de conhecimento para pedir o mesmo objeto do que já consta do título, ou seja, para pleitear a condenação naquele sentido[463], prosseguindo em execução judicial pelo cumprimento de sentença, quanto a própria ação de execução fundada no título executivo extrajudicial. Parece-me que esta última hipótese é, notadamente, mais apropriada à celeridade e à máxima efetividade do acordo, pois a primeira hipótese utilizaria o acordo como mero elemento persuasivo, esvaziando parte de seu potencial transformador da realidade.

De toda forma, não é possível cogitar de ampla liberdade de atuação pelos legitimados coletivos se já houver título executivo, ainda que extrajudicial e ainda que em estado de inadimplência, formado: é necessário que o legitimado ou pleiteie em cima dos termos da solução extrajudicial obtida ou, então, que demonstre ao juiz a inadequação

---

[463] Isso se dá em razão de expressa previsão legal, a saber, Novo Código de Processo Civil, artigo 785: "A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial",

dessa solução. Em suma: não é possível a nenhum legitimado coletivo, diante da notícia nos autos da existência de uma solução extrajudicial, pleitear tutela diversa em juízo sem demonstrar seu interesse de agir.

Trata-se de entendimento análogo ao que ocorre em relação à formação do título executivo em razão de coisa julgada: ainda que a legitimidade seja concorrente e disjuntiva, após a formação de coisa julgada em sede coletivo-difusa, ou seja, coisa julgada *pro communitate* (pois a *contra* somente se dá *secundum eventum probationis*), impede-se a propositura de demanda coletiva, ainda que vise a tutela diversa, devendo ser observado o pedido remoto pretendido[464]. A única forma de se afastar esse óbice processual é pela superação do ônus de demonstrar a incorreção da solução coletiva obtida, ou seja, de demonstrar seu *legítimo interesse processual de agir*[465]. Conforme DINAMARCO, "é importante o adjetivo *legítimo* [...]. Pode até existir a utilidade, mas não legitimidade em uma demanda inadequada ao caso"[466].

Como já dito anteriormente, a solução extrajudicial deve ser obtida a partir de um discurso jurídico racional. Racionalidade, porém, não se confunde com verdade, de modo que é possível – e até mesmo provável – que haja mais de uma solução jurídica racionalmente correta para um caso; a questão é que se escolha racionalmente uma delas, à luz do direito vigente, do caso concreto, da experiência nacional e dos elementos

---

[464] Como aponta Dinamarco, "a indispensável definição dos elementos constitutivos da demanda em cada caso concreto tem muitas outras utilidades no sistema, a saber: [...] c) serve de elemento para o controle de uma possível *litispendência* capaz de impedir o prosseguimento do processo e o julgamento do mérito (art. 267, inc. V c/c art. 301, inc. V e §§1º a 3º); d) possibilita o controle da existência da *coisa julgada*; e) idem, quanto à *conexidade* ou *continência* em relação a outras causas e possível reunião de processos ou prorrogação da competência (arts. 102-106); [...] g) permite aferir da existência de possível relação de *prejudicialidade*, inclusive para o fim de admissibilidade da *ação declaratória incidental* (arts. 5º, 325, 47); [...] i) delimita a coisa julgada que se fizer sobre a sentença a ser pronunciada sobre a demanda proposta (arts. 467 e ss.)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. rev. e atual., v. II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 129).

[465] Novo Código de Processo Civil.

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

[466] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 303.

culturais de dada sociedade. Mais uma vez retomo HABERMAS: "'Correção' significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos"[467].

Esse interesse deve ser demonstrado a partir do binômio necessidade-adequação. O colegitimado só terá interesse-necessidade se demonstrar que a solução extrajudicial obtida é insuficiente e que "sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado"[468]. Outrossim, o interesse-adequação impõe ao colegitimado o dever de não só demonstrar que a tutela pleiteada é adequada à salvaguarda do bem jurídico almejado (ou seja, que o processo judicial é uma técnica *boa*[469]), nem a demonstrar que essa tutela seria "mais adequada" a tal fim em comparação ao acordo, mas sim que o bem jurídico só será resguardado pela tutela pretendida na demanda, porque seria *inadequada* (ou *incorreta*) a tutela acordada extrajudicialmente para tal finalidade. Há grande correlação entre as duas vertentes ao se observar a questão sob a ótica coletiva.

MAZZILLI, ao abordar o tema sob a ótica do compromisso de ajustamento de conduta[470] – o que não impede sua amplificação para todas as soluções extrajudiciais, como faço agora –, reputou ampla possibilidade de questionamento judicial por parte dos demais interessados coletivamente, pois o acordo seria uma "garantia mínima em favor

---

[467] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 281.

[468] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 305.

[469] Ainda na esteira de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 305, para quem a adequação 'liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas situações da vida [...]".

[470] É importante conceber que, para o autor, o compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato, mas um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404), conceituação com a qual *data venia* não concordo, como já demonstrado por todo o texto. Há concessão de ambos os lados, sendo que somente o núcleo duro é que não detém transacionabilidade.

do grupo"[471]. Para o processualista, só haveria óbice à ação civil pública se, e somente se, a pretensão fosse a mesma já estabilizada em acordo extrajudicial. Defende[472]:

> [...] Nada impede que os indivíduos pelam em juízo reparações mais amplas, ou até mesmo de outra natureza, do que aquelas ajustadas entre o órgão público (tomador) e o causador do dano (compromitente). Da mesma forma, nada impede que os co-legitimados à ação civil pública façam em juízo pedido mais amplo ou diverso do que a solução já obtida por meio do compromisso já firmado.

E complementa[473]:

> Se qualquer outro co-legitimado À ação civil pública ou coletiva não aceitar o compromisso de ajustamento tomado extrajudicial pelo órgão público, poderá desconsiderá-lo e buscar diretamente os remédios jurisdicionais cabíveis, justamente porque o compromisso terá essa característica de garantia mínima, nunca de limitação máxima de responsabilidades do causador do dano.

Ouso discordar do professor, pois não me parece ser indiferente aos demais colegitimados o advento de um acordo extrajudicial envolvendo o direito coletivo a ser tutelado.

Em sentido diverso a MAZZILLI, como anotado acima, sustentou Geisa RODRIGUES[474] a necessidade de se invalidar o compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, o acordo extrajudicial, para que outro colegitimado possa ajuizar a ação coletiva. Sustenta que isso se dá em razão da em razão da executoriedade do título e da necessidade de se conferir estabilidade e segurança jurídica ao pactuado. No mesmo

---

[471] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 405.

[472] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 405.

[473] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 413.

[474] RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 224-226.

sentido caminhou NEVES, para quem seria necessário "desconstituir" o compromisso defeituoso[475].

Talvez a solução mais adequada seja, mesmo, o meio termo entre os processualistas. De fato, não é possível tornar inquestionável a solução extrajudicial, ante a inafastabilidade da jurisdição contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Dessa forma, é dado a quem não firmou o instrumento de acordo questionar, em juízo, a legitimidade do mesmo, e nisso tem razão MAZZILLI; por outro lado, com razão RODRIGUES ao sustentar que a existência do pactuado é relevante para o interesse de agir na ação coletiva.

Bem sustentou GAVRONSKI que não há necessidade de invalidação do pactuado (ou seja, de comprovação de vícios do negócio jurídico, em especial o dolo, a coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa) para que haja interesse de agir[476]. Aliás, ao pé da letra, se superado o prazo o prazo decadencial da ação anulatória, seria possível sustentar que uma solução insuficiente pudesse se convalescer. Por outro lado, não é possível ignorar, como fato relevante ao interesse de agir, a existência de prévio acordo em âmbito extrajudicial visando a regular satisfação aos direitos coletivos vindicados. A solução para a questão perpassa a verificação da adequação da solução obtida extrajudicialmente, ou, nos termos do processualista, a *correção* da solução à tutela dos direitos que se pretendeu resguardar.

Trata-se de solução que possui a mesma *ratio* da adotada pelo sistema processual coletivo brasileiro em relação à coisa julgada *contra, secundum eventum probationis*. Advindo julgamento de improcedência em demanda coletivo-difusa, esta faz coisa julgada negativamente em relação aos demais colegitimados, exceto se estes, antes de discorrerem sobre o mérito próprio da nova ação, demonstrem seu interesse de agir pela argumentação acerca de existir outros argumentos e provas não produzidos no

---

[475] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 423.

[476] GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 405.

processo em que haja sentença passada em julgado. Esse mecanismo adveio como mecanismo de proteção aos interesses coletivos na eventual falha na atuação do legitimado coletivo sucumbente na ação coletiva, ante a ausência do controle de representatividade adequada como há por exemplo nos Estados Unidos da América e em outros países de *common law*. Sobre o tema, NEVES foi extremamente didático, apontando que[477]:

> [...] Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação dos titulares do direito em um processo em contraditório é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material.

De fato, essa a orientação mais consentânea aos princípios envolvidos na tutela coletiva. A questão não é perquirir a invalidade, inclusive sujeitando-se a prazo decadencial para tanto; muito menos ajuizar a ação civil pública como se o acordo sequer tivesse existido. O interesse de agir impõe a utilidade da tutela jurisdicional, sendo que se o acordo coletivo é satisfatório para a defesa dos interesses metaindividuais, não há interesse em ajuizar a ação, ainda que a tutela específica pleiteada (pedido imediato[478]) seja diversa. Portanto, é necessário que o autor coletivo alegue e comprove, antecipadamente ao mérito da própria tutela do direito coletivo (mas de forma correlata a esta), a inadequação da solução extrajudicial existente para a efetiva tutela dos interesses coletivos, ou seja, sua incorreção. Não é dado ao legitimado coletivo simplesmente "querer mais", ou "querer diferente", em comparação ao pactuado extrajudicialmente. Inclusive, esse interesse de agir deve ser verificado ao longo de todo o processo, de modo

---

[477] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 316.

[478] Segundo Vicente GRECO FILHO (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111), o objeto imediato do pedido tem conteúdo processual (quando o autor pede a providência judicial), ao passo em que o objeto mediato tem conteúdo material (quando o autor obtém a proteção ao direito material pretendido)[478]. Parece ser também o entendimento de CHIOVENDA (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1942, pp. 288-289), que trata como imediato o provimento jurisdicional e mediato o bem da vida sobre o que recaem os efeitos do provimento[478], o que é reverberado por TUCCI (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexos sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. *In:* BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et. al.* (coord.). C*ausa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 279) e por FUX (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 184-185).

que o advento de solução extrajudicial antes do trânsito em julgado da demanda coletiva pode ensejar a própria extinção desta por perda superveniente do interesse processual.

Ainda analogamente à formação de coisa julgada *secundum eventum probationis*, é possível que o próprio legitimado coletivo que tenha participado da formação da solução extrajudicial, convencido de que esta tenha se mostrado inadequada à efetiva tutela dos interesses coletivos (o que pode se dar por erro de cálculo futuro quando da celebração, por fatos supervenientes, por fatos desconhecidos etc.[479]), pleiteie em juízo a tutela que reputar adequada, desde que demonstre a incorreção da solução criada. O mesmo direito é resguardado aos demais colegitimados com pertinência temática. Independentemente do adimplemento ou não

A possibilidade de revisão judicial do título executivo extrajudicial é, assim, existente[480], porém condicionada à demonstração, no processo judicial, de que incorreta a solução extrajudicial obtida para a tutela dos interesses difusos pretendida. Resta inquirir a situação dos títulos executivos judiciais consistentes de homologação de acordo extrajudicial.

A sentença que homologa acordo extrajudicial é, a princípio, análoga à sentença de procedência. Portanto, teria condições de espraiar sua qualidade de imutabilidade em favor dos interessados e contrariamente aos violadores dos interesses. Porém, se o acordo homologado se mostrar incorreto para a tutela devida, a sentença será prejudicial aos interesses que se pretendia tutelar, pelo que se deve aplicar analogicamente a proteção dada pela lei quando diante de sentenças de improcedência, formando-se a coisa julgada *contra, secundum eventum probationis*, ou seja, deve ser

---

[479] Em seu texto, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290, nota de rodapé 439, cita como exemplos um avanço tecnológico que permita provar cabalmente que determinado produto polui o meio ambiente, ou que certo remédio é, sim, nocivo à saúde do consumidor, o que pode não ter restado provado num primeiro momento. Apesar de tratar da questão sob a ótica da coisa julgada, a mesma *ratio* é possível em relação às soluções construídas extrajudicialmente.

[480] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 256-257, inclusive cita o exemplo de "rescisão" do ajuste entre órgão estatal e empresa madeireira que não previsse o replantio de árvores ilegalmente cortadas.

permitido o questionamento da solução extrajudicial homologada em juízo desde que produzida prova no sentido da incorreção da solução acolhida pelo juiz[481]. É, a meu ver, a melhor interpretação e aplicação analógica do artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor[482].

Muito se debate doutrinariamente sobre a sentença homologatória transitar ou não em julgado materialmente. A discussão passa ao largo do foco deste trabalho e, em relação à problematização coletiva que ora se estuda, é pouco produtiva, pois em ambos os casos a conclusão será a mesma, pois já apontamos que o questionamento não deve visar a invalidar ou desconstituir o negócio jurídico homologado, mas sim apenas demonstrar sua inadequação.

Existe também discussão doutrinária imensa sobre se a sentença coletiva em sede de interesses difusos, ante a decisão de improcedência, faz coisa julgada e se essa coisa julgada é formal ou material. Parece-me que admitir não fazer coisa julgada é um equívoco, pois se assim o fosse, estar-se-ia permitindo a rediscussão *ad eternum*, num processo que sequer poderia ser arquivado definitivamente ou mesmo eliminados os

---

[481] Bem andou GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 427, nota de rodapé 188: "Embora não se trate exatamente das hipóteses previstas nos arts. 16 da LACP e 103, I e II, do CDC (improcedência por falta de provas), devem-se aplicar os dispositivos por analogia, pois a decisão judicial, então, ainda que analisando o mérito do acordo, o faz sem instrução. A coisa julgada assim produzida também não pode prejudicar interesses individuais, mas tão só beneficiá-los (inc. III)".

[482] Código de Defesa do Consumidor.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

[...]

§ 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

autos, pois a discussão poderia ser reavivada a qualquer momento. Toda decisão judicial de mérito, seja pela procedência ou pela improcedência, faz coisa julgada[483].

Propugna pela coisa julgada material Daniel Amorim Assumpção NEVES, para quem "esse entendimento [de não se operar a coisa julgada material], entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos cujo objeto sejam as relações de trato continuativo"[484]. Aponta que uma nova demanda ensejaria a extinção pelo juiz com base na previsão legal de que não se repete ação coberta pelo manto da coisa julgada material. Com a devida vênia ao processualista, parece-me que seu argumento é tautológico, pois para dizer que "a maior prova"[485] de que há coisa julgada material é que o juiz afirmará que há coisa julgada material é estabelecer como consequência lógica a própria premissa lógica, num ciclo vicioso. Não me aparenta posicionamento acertado.

A maior parte da doutrina, como relata o mesmo NEVES[486] e a qual reputo ter razão, entende que há coisa julgada meramente formal, impedindo a rediscussão nos mesmos autos, porém permitindo a rediscussão em nova demanda, demonstrado novo interesse de agir em razão de prova não obtida no processo primígeno. É nesse sentido que caminha LEONEL, para quem "na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, só ocorrerá a formação da coisa julgada formal", ou também DONIZETI e CERQUEIRA, que reputam haver coisa julgada material nos casos de procedência do pedido ou improcedência com esgotamento de prova[487].

---

[483] Novo Código de Processo Civil.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[484] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 317.

[485] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 318.

[486] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 318.

[487] DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 358-359.

Portanto, não havendo coisa julgada material na hipótese, o meio impugnativo não há de ser a ação rescisória. Da mesma forma, não havendo necessidade de invalidar ou desconstituir o negócio jurídico homologado, não há necessidade de ação anulatória. O meio adequado, assim, é ainda uma ação coletiva, porém necessariamente argumentando a incorreção da solução.

6.2 – DA COLETIVIDADE CATEGORIZADA

Estaremos diante de interesses coletivos *stricto sensu* quando em prol da coletividade composta por indivíduos determináveis correlacionados por uma relação jurídica padrão[488], visando à defesa de interesses indivisíveis desse grupo de indivíduos[489]. Nesses casos destacam-se a indivisibilidade da tutela[490] e a maior pertinência dos indivíduos a um grupo determinado ou determinável, sendo que – inclusive pela indivisibilidade – a coletivização decorre do próprio interesse tutelado, e não da soma de interesses individuais tutelados[491].

À similaridade do que observado em relação aos interesses ditos difusos, a legitimidade para a tutela desses interesses é sempre de ordem coletiva, de modo que não é possível a nenhuma pessoa que não aquelas apontadas no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, ou por meio da ação popular, atuar em âmbito coletivo. A

---

[488] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

[489] Cf. art. 81, parágrafo único, II, do CDC.

[490] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 186-187.

[491] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

legitimação é concorrente e disjuntiva[492], ou seja, pode ser exercida por qualquer dos colegitimados, ainda que de forma singular, e sem necessariamente concatenar com a atuação dos demais[493]. Mas, havendo o ajuizamento da ação, é possível cogitar dos relacionamentos interprocessuais, tais quais continência, conexão e litispendência, a ensejar efeitos de um e outro. No âmbito da tutela coletiva extrajudicial, tais relacionamentos também existem, ainda que os efeitos sejam outros.

Aqui também a coisa julgada será *pro et contra, secundum eventum probationis*, ou seja, a coisa julgada encampa todas as pretensões que não venham calcadas em fundamentos de prova diversos daquela já rechaçada no primeiro processo[494].

São, assim, as mesmas premissas já utilizadas para verificar os efeitos do advento da solução extrajudicial em relação aos interesses difusos. Convém manter o mesmo corte metodológico para o estudo: primeiro, analisaremos acordos extrajudiciais que, firmados por colegitimados de natureza privada, não tenham adquirido a qualidade de título executivo extrajudicial ou judicial. Em seguida, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, detenham a qualidade de título executivo extrajudicial. Por fim, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, tenham sido submetidos à qualificação como título executivo judicial.

---

[492] Conforme, com respaldo em José Carlos Barbosa Moreira, anota MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

[493] "Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação de outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou, facultativamente, em conjunto com outros (litisconsórcio)." (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155).

[494] Para o mandado de segurança coletivo, apesar do silêncio do artigo 22 da Lei 12.016/2009, aplicam-se as disposições do artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor. São as mesmas premissas calcadas em breve resenha por DIDIER JÚNIOR, Freddie *et al. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22 da lei n. 12.016/2009)*. *In* http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/86-coisa-julgada-no-mandado-de-seguranca-coletivo-art-22-da-lei-n-12-016-2009, acessado e baixado em 30/12/2016.

Se o título não detiver executoriedade, cabível a ação de conhecimento para obter a condenação em adimplir o que constante do acordo, servindo este como elemento de persuasão racional ao juiz. Nesse sentido, e de especial relevância à coletividade categorizada (mas que também seria aplicável à coletividade difusa) é a ação de cumprimento trabalhista já abordada alhures, que justamente visa a obter uma condenação no sentido do que ficou pactuado extrajudicialmente em normas coletivas entre sindicato empregatício e empregador ou sindicato patronal[495]. Da mesma forma, somente é possível pleitear qualquer tutela, de forma livre, desde que seja capaz de satisfazer a pretensão de resguardar os interesses coletivos, pois não havendo título executivo, não há óbice qualquer ao exercício do direito de ação.

Prosseguindo. O mesmo raciocínio feito outrora mantém-se também em relação à coletividade categorizada: se o acordo extrajudicial instrumentalizado detiver a qualidade de título executivo e não vier a ser adimplido, reputo que cabe a qualquer interessado propor tanto a ação de conhecimento (para pedir o mesmo objeto do que já consta do título, ou seja, para pleitear a condenação naquele sentido[496]) quanto a própria ação de execução (parecendo esta última, notadamente, mais apropriada à celeridade e à máxima efetividade do acordo). Também pode, nos casos de incorreção da solução extrajudicial, pleitear outra tutela, sempre mediante demonstração da inadequação alegada.

Da mesma forma, por analogia aos princípios protetivos aplicáveis à coisa julgada *contra, secundum eventum probationis* já abordados na análise da questão à luz dos interesses difusos, mesmo a solução homologada em juízo, passando a portar a qualidade de título executivo judicial, poderá ser questionada em sua eventual incorreção, pela via ordinária da ação coletiva. Vogo pela aplicação analógica do artigo 103, §1º, do

---

[495] SILVA, Homero Batista Mateus da. *Convenção Coletiva de Consumo: Uma abordagem sobre sua natureza jurídica e as dificuldades da implementação do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor*. *In*: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24656-24658-1-PB.pdf, acessado e baixado em 10/12/2016, *passim*, faz interessantes comparações entre o acordo coletivo trabalhista e a convenção coletiva de consumo.

[496] Isso se dá em razão de expressa previsão legal, a saber, Novo Código de Processo Civil, artigo 785: "A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial".

Código de Defesa do Consumidor, conforme sustentado também quando tratamos dos interesses difusos. *Ubi eadem ratio, ibi eadem ius*.

6.3 – DA COLETIVIDADE ACIDENTAL

Por interesses individuais homogêneos, entende-se como aqueles em prol de uma coletividade de indivíduos determináveis, unidos por uma relação jurídica decorrente de uma origem comum[497]. Nesses casos, destaca-se que o interesse em si pode ser considerado individualmente[498], mas que, pelas características da situação em concreto[499], a junção dos interesses individuais faz jus a um tratamento coletivizado[500-501].

---

[497] Cf. art. 81, parágrafo único, III, do CDC.

[498] Como inclusive já destacou o STF: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. [...] (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737)

[499] Anota LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. cit.*, p. 98, que tais interesses são "acidentalmente [considerados coletivos] para fins de tratamento processual". Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Para críticas sobre essa coletivização, com as quais *concessa venia* não concordo, v. ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, *Re/PRO* 73/85, 1995.

Ao contrário das outras duas espécies analisadas, a saber, tutela de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a atuação coletiva no caso de interesses individuais homogêneos é meramente circunstancial, em razão da utilidade da coletivização, de modo que sua tutela é usualmente individual, porém cabível a atuação nos moldes do microssistema processual coletivo.

Por serem interesses individuais identificáveis e delimitáveis, as tutelas coletivas destes se correlacionam à tutela individual dos mesmos direitos. Nesse caminhar, é comum se deparar com a coexistência de ações coletivas e individuais sobre o mesmo direito individual. Isso é reflexo da titularidade do direito e da inafastabilidade do Judiciário: todos podem pleitear seus direitos em juízo, de forma individual. A construção brasileira das ações coletivas por interesses individuais homogêneos não deu amparo ao afastamento do Judiciário em relação aos indivíduos, apesar de certa resistência jurisprudencial[502] e até mesmo doutrinária[503] sobre o tema (aparentemente já superada pelos noveis decisórios prolatados[504]).

---

[500] A utilidade de se tratar coletivamente advém da superação das barreiras de acesso à justiça, conforme aponta CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002), p. 6 e p. 10.

[501] Cf. VENTURI, Eurico. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n, 5.130-2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.(* Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194

[502] Muitas decisões fossem tomadas acolhendo a extinção do processo individual sem resolução do mérito por acolher litispendência. Nesse sentido, os seguintes arestos do TST: 1ª T., RR 58865/1992-4-6, Rel. Min. Ursulino Santos; 7ª T., RR 757847/2001.9, Rel. Min. Caputo Bastos; 7ª T. AIRR 59452/2002, Rel. Min. Pedro Paulo Manus; SBDII, E-RR 773538/2001, Rel. Min. Brito Pereira; SBDI-I, E-ED-RR 792095/2001, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; SBDI-I, E-ED-RR 34161/2002-02-00, SBDI-I, Min. José Luciano de Castilho e SBDI-I E-RR 764370/2001, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga.

[503] *V.g.*, o autor MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A litispendência e a substituição processual no processo do trabalho: ação ajuizada pelo sindicato na condição de substituto processual e ação distinta ajuizada pelo empregado substituído com mesmo pedido*. Brasília: Rev. TST, v. 74, n. 3, jul/set 2008, p. 46, *in* http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5426/003pedropauloteixeiramanus.pdf?sequence=1 , acesso em 23/08/2013: "Com efeito, forçoso é reconhecer a hipótese de litispendência ou coisa julgada no caso em exame, como fator impeditivo de condenação descabida, pois se trata de situação extraordinária, que é a substituição processual, que há de ser adequada à regra ordinária, impedindo-se conclusão indevida que seria chancelar condenação indevida em valor já reconhecido ao empregado".

[504] O próprio TST, em contraponto às decisões anteriormente mencionadas, já mudou de posicionamento e atualmente não admite a extinção por litispendência. São exemplos de decisões as que seguem: Processo: AIRR - 60300-49.2009.5.01.0004 Data de Julgamento: 21/08/2013, Relatora Ministra: Dora

Em razão dessa peculiaridade, mister a diferenciação em dois seguimentos: estudar o relacionamento dos demais legitimados coletivos com eventual solução extrajudicial coletiva engendrada em um primeiro momento (o presente), e posteriormente analisar a situação dos próprios indivíduos ante essa tutela, considerando-se a sua legitimidade para também pedir a tutela, de maneira individual[505] – o que faremos mais adiante.

A opção legislativa para a tutela de interesses individuais homogêneos foi de ampliar os efeitos decisórios apenas em caso de procedência, ao que a doutrina nomeou de coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*. Em caso de improcedência, não há nenhum dispositivo legal, porém, que determine a extensão da coisa julgada.

Tal aspecto levou a doutrina majoritariamente a ler pela via negativa: se fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, a sentença coletiva de improcedência não fará coisa julgada. Isso gerou inúmeras críticas por parte da doutrina, valendo mencionar por exemplo a de Aluisio Gonçalves de Castro MENDES, para quem[506]:

> Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103 [do Código de Defesa

---

Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013, Processo: RR - 467-53.2011.5.22.0002 Data de Julgamento: 14/08/2013, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013, Processo: E-RR - 72000-77.2008.5.22.0002 Data de Julgamento: 20/06/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/07/2013, Processo: E-RR - 43500-95.2008.5.22.0003 Data de Julgamento: 09/05/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013.

[505] Leitura negativa do artigo 18 do Novo Código de Processo Civil.

[506] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. *A coisa julgada e os processos coletivos no direito vigente no projeto de nova lei da ação civil pública (PL n. 5.139/2009)*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, pp. 67-87, 2010, pp. 72-73.

> do Consumidor], motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

Com a devida vênia, não há como concordar com essas críticas, por dois motivos. O primeiro deles diz respeito ao último argumento do processualista e desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, qual seja o de que o processo coletivo se tornaria instrumento unilateral com utilidade para apenas umas das partes. Recebo com ressalvas tais críticas, posto que naturalmente é de se imaginar o desconforto do réu na ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos para saber que, juridicamente, não haverá segurança jurídica em nenhum processo que venha a ganhar, pois o mesmo pode ser reiterado pelos indivíduos que não são prejudicados pela sentença coletiva. Porém, reputar que o processo coletivo não traz vantagens ao réu vencedor é focar apenas na visão endoprocessual, em suma, olvidar que o processo coletivo, ainda que não seja capaz de garantir segurança pela coisa julgada no caso, certamente possui um forte elemento persuasivo que, a uma só toada, servirá tanto para desincentivar novas demandas (que poderão inclusive ser consideradas temerárias) quanto para convencer os magistrados da retidão do posicionamento adotado pelo demandado. Além disso, o réu poderá se valer de provas emprestadas, diminuindo os seus custos com o litígio. Não é possível conceber, portanto, que a ação coletiva para interesses acidentalmente coletivos seja absolutamente iníqua, pois há vantagens também para o réu vencedor. Aliás, sob a ótica dos demais potenciais autores de outras demandas individuais, é de se questionar: quanto "machuca" a pretensão individual a existência de uma ação coletiva improcedente? Esta improcedência coloca o exercício da pretensão individual em posição delicadíssima de superar todos os argumentos fortemente persuasivos tecidos em sede coletiva.

Outro motivo é no sentido de enfrentar a leitura usual do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor. Como já dissemos anteriormente, o silêncio da lei vem levado a doutrina a optar pela interpretação negativa da norma: se fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, a sentença coletiva de improcedência não fará coisa julgada. Mas, verdadeiramente, a lei *não traz os limites subjetivos no caso de improcedência da demanda*, o que abre leque de possibilidade interpretativa que vai além da mera leitura negativa da norma. Talvez até por indução do

texto legal, boa parte da doutrina sequer se debruça sobre tal aspecto em relação aos entes coletivos[507].

Ouso propor uma releitura doutrinária desse dispositivo – e com isso assumo todos os riscos de adotar uma leitura pouco usual da lei. O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, nos incisos I e II, trouxe a limitação subjetiva no caso de improcedência da demanda por insuficiência de provas. Isso conferiu elementos suficientes à doutrina para preencher o silêncio da lei no caso da procedência (fará coisa julgada *erga omnes*) e no caso da improcedência com plenitude probatória (fará coisa julgada *erga omnes*). O inciso III do mesmo dispositivo legal, por sua vez, adotou outra técnica, e apontou a extensão subjetiva no caso de procedência da demanda, para beneficiar todas as "vítimas"[508] e seus sucessores. Parece-me que a lei está tratando da hipótese de exercício individual da pretensão, e não de novo intento coletivo, e reforço dessa interpretação é o §2º da mesma norma, que prevê que na hipótese do inciso III, na improcedência do pedido, os interessados *individuais* que houverem intervindo no processo como litisconsortes (*rectius*: assistentes litisconsorciais[509]) poderão intentar ações a título *individual*.

Parece-me que, por atecnia legislativa, o Código de Defesa do Consumidor, que nos incisos I e II do artigo 103 regulou a relação entre ações coletivas e entre entes coletivos, no inciso III, ao invés de continuar com essa técnica e temática, regulou porém a relação entre ação coletiva e ação individual e entre entes coletivos e titulares individuais dos direitos. Portanto, a meu ver carece o diploma de regulação legal

---

[507] Além de Aluisio Gonçalves Castro Mendes já mencionado, também é possível apontar NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, PP. 321-322, que não enfrenta o assunto.

[508] Com razão o mesmo MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. *A coisa julgada e os processos coletivos no direito vigente no projeto de nova lei da ação civil pública (PL n. 5.139/2009)*. *In* GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, pp. 67-87, 2010, p. 72, quando recomenda: "Leia-se 'interessados' ou 'titulares dos direitos alheios defendidos' onde se encontra escrita a palavra 'vítima', no inciso III do art. 103 [do Código de Defesa do Consumidor".

[509] Como anota com razão LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 258-259.

explícita quanto à relação entre ações coletivas e entre entes coletivos no que tange à interesses individuais homogêneos. E defendo o posicionamento, sabidamente isolado (o que espera-se mude após maior reflexão para angariar adeptos), no sentido de que o preenchimento dessa lacuna deve se dar não pela leitura negativa do próprio dispositivo, mas por analogia aos incisos I e II já retromencionados: também nas ações coletivas em prol de interesses individuais homogêneos a sentença fará coisa julgada *pro et contra, secundum eventum probationis*. A coisa julgada *secundum eventum litis* restringe-se à relação coletiva-individual, não se aplicando à relação coletiva-coletiva.

Tanto isso me parece o mais correto que a doutrina em geral entende, e aqui também se referenda, que o próprio legitimado que ajuizou a ação pode intentar outra ação, se obtida nova prova, nos casos de tutelas de interesses difusos e coletivos. Se reputássemos que o requisito *secundum eventum probationis* não existisse para a tutela dos interesses individuais homogêneos, teríamos que, *pari passu*, assumir que o mesmo legitimado coletivo, no dia seguinte ao trânsito em julgado da ação que ele próprio intentou e saiu vencido, poderia ajuizar nova demanda idêntica, sem nada alterar.

De forma menos voltado à hermenêutica e mais focado no resultado da tutela, LEONEL caminha no mesmo sentido em sua obra, ao aduzir[510]:

> Disso [da leitura do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor] se pode extrair que: (a) se a sentença em individuais homogêneos for procedente ou improcedentes, para os legitimados coletivos haverá sempre[511] coisa julgada material; (b) quanto aos indivíduos, só serão beneficiados, não prejudicados.

Portanto, a crítica de MENDES já mencionada alhures também careceria de analisar que há uma vantagem ao réu da ação coletiva, acaso saia vencedor, mesmo nas hipóteses de interesses individuais homogêneos. E essa vantagem é aquela mesma aplicável às outras espécies de interesses coletivos narrada pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*: a coisa

---

[510] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 292.

[511] Ressalvo posicionamento no sentido de que não haverá sempre coisa julgada material, mas apenas no caso de instrução exauriente, pois a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, ou seja, poderá ser coisa julgada apenas formal.

julgada forma-se *pro et contra, secundum eventum probationis*. Assim, ainda que a demanda coletiva em que saiu vencedor não tenha o condão de imunizar o réu em relação a demandas individuais com o mesmo objeto (sob a ótica singular, obviamente), ao menos possui o poder de frear a atuação coletiva.

Toda essa construção é importante para este tópico, pois a resposta à relação das pretensões coletivas com o advento de soluções extrajudiciais em âmbito coletivo é feita por analogia ao instituto da coisa julgada. Após a construção feita acima sobre a coisa julgada em caso de ação coletiva em prol de interesses acidentalmente coletivos e a relação da *res iudicata* com os demais colegitimados, é possível concluir que a atuação dos colegitimados fica igualmente limitada, como nos casos de interesses difusos ou categorizados, ante o advento de solução extrajudicial.

São, assim, as mesmas premissas já utilizadas para verificar os efeitos do advento da solução extrajudicial em relação aos interesses difusos e coletivos. Também aqui manterei o corte metodológico já antes adotado, para manter a estrutura do estudo: primeiro, analisaremos acordos extrajudiciais que, firmados por colegitimados de natureza privada, não tenham adquirido a qualidade de título executivo extrajudicial ou judicial. Em seguida, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, detenham a qualidade de título executivo extrajudicial. Por fim, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, tenham sido submetidos à qualificação como título executivo judicial.

Se o título não detiver executoriedade, cabível a ação de conhecimento para obter a condenação em adimplir o que constante do acordo, servindo este como elemento de persuasão racional ao juiz. A título exemplificativo é possível mencionar associação de consumidores que celebra acordo extrajudicial com montadora de automóveis para que haja *recall* de determinado lote de veículos para evitar fato ou defeito do produto que fora verificado em hipóteses transindividuais. Se a montadora não cumprir esse pactuado, cabe a ação de conhecimento, que já conta com grande elemento de convencimento no que tange à necessidade de *recall* para substituição de peças. Da mesma forma, somente é possível pleitear qualquer tutela, de forma livre, desde que seja capaz de satisfazer a pretensão de resguardar os interesses coletivos, pois não havendo

título executivo, não há óbice qualquer ao exercício do direito de ação. Seria, assim, possível que se pleiteasse tutela de pagamento do conserto de todos os veículos por meio das concessionárias autorizadas ou qualquer outra oficina de confiança do consumidor, assumindo a montadora todas as despesas decorrentes.

Prosseguindo. O mesmo raciocínio feito outrora mantém-se também em relação à coletividade acidental: se o acordo extrajudicial instrumentalizado detiver a qualidade de título executivo e não vier a ser adimplido, reputo que cabe a qualquer interessado coletivo propor tanto a ação de conhecimento (para pedir o mesmo objeto do que já consta do título, ou seja, para pleitear a condenação naquele sentido[512]) quanto a própria ação de execução[513], repisando que esta última tende a maximizar a eficácia da tutela coletiva. Também pode, nos casos de incorreção da solução extrajudicial, pleitear outra tutela, sempre mediante demonstração da inadequação alegada. Por fim, uma última colocação é cabível. No caso da tutela de interesses individuais homogêneos, a lei impõe ampla publicidade do conteúdo favorável aos interessados individualmente à tutela, convocando à execução da solução coletiva. Decorrido o prazo de um ano dessa ampla divulgação que a lei impõe, abrem-se as portas para a execução coletiva da tutela outrora individual, ainda que genérica[514].

---

[512] Isso se dá em razão de expressa previsão legal, a saber, Novo Código de Processo Civil, artigo 785: "A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial".

[513] A execução em interesses individuais homogêneos ganha contornos próprios ante a possibilidade de ajuizamento da demanda individual executiva e também do fato de, em regra, a tutela ser ressarcitória nesses casos. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 411, anota tendência na *praxis* forense para transformar a tutela ressarcitória em obrigação de fazer, no sentido de obrigar o depósito em conta corrente de cada indivíduo interessado e comprovar essa quitação nos autos, o que seria diferente do modo de cumprimento de condenação de pagar quantia certa que usualmente se dá mediante depósito em juízo para posterior liberação por mandado de levantamento. Por sua vez, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73, aponta que "impondo-se a execução individual (ao menos como regra geral), o efeito vantajoso da aglutinação de demandas que foi operado na fase do conhecimento, é sacrificado na fase de efetivação, na medida em que, a partir deste momento, a avalanche de causas individuais tende a reaparecer", e com esses comentários anota a necessidade de se desvincular das premissas ressarcitórias dos interesses individuais homogêneos.

[514] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 543.

Da mesma forma, por analogia aos princípios protetivos aplicáveis à coisa julgada *contra, secundum eventum probationis*, como sedimentei ser aplicável também à tutela individual homogênea, princípios esses já abordados na análise da questão à luz dos interesses difusos e também dos coletivos, mesmo a solução homologada em juízo, passando a portar a qualidade de título executivo judicial, poderá ser questionada em sua eventual incorreção, pela via ordinária da ação coletiva. Vogo pela aplicação analógica do artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, considerando o absoluto silêncio da lei em relação ao relacionamento coletivo-coletivo das tutelas individuais homogêneas e a defesa que propugno no sentido de a esta hipótese também se aplicar a inteligência do artigo 103, I e II, do mesmo diploma consumerista. Mais uma vez: *ubi eadem ratio, ibi eadem ius*.

6.4 – DA INDIVIDUALIDADE *STRICTO SENSU*

É plenamente possível, ainda, vislumbrar efeitos no âmbito das pessoas individualmente consideradas.

Como vimos acima, é possível a defesa coletiva de forma acidental dos interesses individuais que, por sua vez, justamente por serem individuais, podem ser defendidos pelos seus próprios titulares, na correta interpretação do artigo 18 do Novo Código de Processo Civil. Trata-se de um problema de múltiplas vias, que dá ensejo a questionamento sobre o interrelacionamento dessas vias. Marcelo Abelha RODRIGUES pontuou a controvérsia[515]:

> Eis aí o nó córdio da questão. Para os direitos individuais de repercussão coletiva, o legislador criou no início de 1990, de forma consciente, precipuamente nos arts. 91 e ss. do CDC, o caminho processual adequado para sua tutela. Mas um problema já existia e

[515] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Relações entre ações individuais e ações coletivas: anotações sobre os efeitos decorrentes da propositura e extinção as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos em relação às pretensões individuais sob a perspectiva dos arts. 35 e 38 do Projeto de Lei que altera a Ação Civil Pública*, p. 414. *In*: GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, pp. 407-426, 2010.

> sempre existirá: sendo os interesses de repercussão coletiva (individuais homogêneos) interesses de natureza individual, como fazer para conciliar o direito individual de cada um tutelar isolada e autonomamente o seu direito, tal como assegura o texto constitucional (art. 5º. XXXV, da CF/88), com a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos?

A ação coletiva fará coisa julgada em sede de interesses acidentalmente coletivos apenas em caso de procedência, na forma da dicção do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor. Diz-se, assim, que a sentença é *secundum eventum litis* e, se favorável ao tutelado coletivo, opera transporte *in utilibus* da coisa julgada, a partir da esfera coletiva, para a esfera individual.

Nosso sistema processual coletivo é baseado no sistema do *opt in*, ao contrário do modelo norte-americano que se dá por meio da *notice*, a notificação que deve ser garantida ao máximo de representados possível, informando-os da existência da *class action* e dando-lhes a possibilidade de conhecer o conteúdo desta e sua *representative part*y. Desse modo é que se resguarda ao indivíduo o direito de não se sujeitar à decisão coletiva; trata-se do mecanismo do *right to opt out* a fim de evitar o *binding efect* resultante da coletivização, que ocorrerá para os que não se excluíram tanto em vitória quanto em derrota. Devido à dificuldade de implementação da *notice* em nosso país, bem como o alto grau de resignação da população brasileira[516], a opção do legislador foi pelo *opt in*, ou seja, salvo expressa atuação do indivíduo para entrar no processo coletivo, fica totalmente resguardado ao mesmo a atuação individual.

ARENHART enfrentou veementemente a opção legislativa do Brasil, aduzindo que fomenta a litigiosidade e a repetição de demandas idênticas, além de violar a isonomia e, considerando-se que a decisão será só uma, não haveria razão para que o sujeito individual evitasse a incidência da decisão judicial coletiva[517]. Ouso discordar do processualista paranaense, pois nossa tutela coletiva, ainda que abstratamente muito bem desenvolvida, inclusive com legislação referência mundial, na prática patina por razões

---

[516] Apesar de ter muitos processos, temos pouca variedade de litigantes. Estamos diante dos *repeat players* suscitado por GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções) *In* Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, *passim*.

[517] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 49-52.

de morosidade para a solução das ações coletivas e também a complexidade das causas. Em verdade, a experiência nos mostra que milhares de ações individuais são julgadas antes do julgamento de uma ação coletiva sobre o mesmo tema. Não podemos empurrar "goela abaixo" o sistema processual coletivo. Os jurisdicionados têm que manter o direito de decidir qual o remédio mais adequado para sua pretensão resistida, especialmente porque não há preparo por parte de muitos magistrados para lidar com as questões coletivas[518], as matérias são usualmente mais complexas nas demandas coletivas do que nas individuais, em razão da multiplicidade de interesses, os incidentes processuais são rotineiros[519] e as demandas coletivas acabam se eternizando. O sistema processual coletivo precisa, antes de pretender se fazer obrigatório, melhorar e muito na prática, a fim de equilibrar o aspecto forense com a boa fama mundial de nossa legislação[520]. Também quanto a este ponto a mim me parecem mais razoáveis as ponderações de Antonio GIDI, para quem a "extensão" da coisa julgada, também nas hipóteses de improcedência, a todos os substituídos, configuraria uma[521]

> [...] esdrúxula "legitimidade extraordinária compulsória e absoluta" (algo semelhante à legitimidade extraordinária exclusiva), isso importaria o sacrifício em massa dos direitos individuais de terceiros, o que seria intolerável, principalmente em face da perspectiva da possibilidade de existência de fraude organizada para prejudicá-los.

Com a análise da coisa julgada *secundum eventum litis*, apenas no caso de procedência, e ainda sob a ótica do *opt in*, utilizaremos tais conceitos para a verificação da relação entre soluções extrajudiciais tecidas por legitimados coletivos e a posição jurídica do indivíduo tutelado, tudo sob a ótica dos direitos acidentalmente coletivos – já que, sob a ótica das demais espécies de direitos coletivos *lato sensu*, a posição do

---

[518] Poucas são as experiências no país de criação de varas especiais à tramitação de processos coletivos.

[519] Inclusive não são raros os casos em que os autos do processo coletivo ficam inchados em razão de pedidos de exclusão da ação coletiva, ou seja, de *opt out*, mesmo que a regra brasileira seja a do *opt in*. Na prática, temos mais jurisdicionados pedindo expressamente – e redundantemente – a exclusão do que interessados pleiteando seu ingresso ou consideração na ação coletiva.

[520] Sobre a fama da legislação brasileira em relação a processo coletivo: GIDI, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, 1995, p. 244; GIUSSANI, Andrea, *apud* LEONEL. *Manual do processo coletivo*, 2011, p. 52; LEONEL. *Manual do processo coletivo*, 2011, pp. 52 e 48.

[521] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59.

indivíduo não é pertinente posto que não detém legitimidade para pleitear a mesma tutela que o legitimado coletivo pode pleitear, e vice-versa.

Mais uma vez fica seguido o corte metodológico proposto: primeiro, analisaremos acordos extrajudiciais que, firmados por colegitimados de natureza privada, não tenham adquirido a qualidade de título executivo extrajudicial ou judicial. Em seguida, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, detenham a qualidade de título executivo extrajudicial. Por fim, convém analisar os acordos extrajudiciais que, firmados por quaisquer colegitimados, tenham sido submetidos à qualificação como título executivo judicial.

Considerando o sistema do *opt in* e da ausência de qualquer feio para a atuação individual mesmo no advento de julgamento de ação coletiva, é possível aferir ampla liberdade de agir por parte do legitimado individual, para a tutela do seu próprio interesse, independentemente da existência ou não de solução extrajudicial que possa parecer pertinente a seu caso. Portanto, o legitimado individual sempre poderá pleitear em juízo ou buscar solução extrajudicial individual para solucionar seu problema de ordem singular. A existência ou não de prévia solução extrajudicial, ou ainda o advento desta na pendência de uma solução individual, não tem o condão de limitar o interesse de agir do indivíduo. Aqui, sim, me parece correto o que entende MAZZILLI em outras ocasiões: "a composição da lide entre o legitimado ativo e o causador do dano, mesmo que homologada em juízo, não será mais do que uma garantia mínima em prol dos lesados"[522].

Naturalmente que se a pretensão do indivíduo já tiver sido objeto de título executivo, extrajudicial ou judicial, poderá o sujeito optar pela execução individual do mesmo, mediante prévio procedimento de liquidação por artigos a fim de provar não só o *quantum devido*, mas principalmente a pertinência à coletividade tutela (em suma: que seu direito faz parte daqueles acidentalmente coletivizados)[523]. Trata-se de conduta que

---

[522] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395.

[523] No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 410; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses*

melhor adere ao princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, inclusive já chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, que analisando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmou que as ações individuais suspensas na forma do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, em face do advento de sentença coletiva procedente, devem ser convertidas em ações de liquidação[524].

Por fim, cumpre discorrer sobre a profundidade objetiva da solução extrajudicial. Como abordado no capítulo 3, é extremamente importante, para a correção do acordo, ou seja, sua legitimidade sociológica, que o mesmo se paute em argumentação jurídico-racional muito bem explicitada, permitindo a aferição do grau de adequação – e por conseguinte, o convencimento – de todos os envolvidos interessados. O problema exsurge, em relação aos indivíduos considerados em sua singularidade, acerca do aproveitamento da descrição fática operada no acordo em proveito próprio, especialmente porque não necessariamente há necessidade de assumir culpa, no acordo em sede coletiva, de violação de interesses individuais. Como fica a situação dos indivíduos, nesse silêncio do pacto extrajudicial coletivo?

A doutrina discute sobre os efeitos da decisão judicial coletiva a partir do objeto litigioso do processo. O debate surge pela possibilidade legalmente expressa de utilização da decisão judicial tomada no processo coletivo pelos indivíduos singularmente. Para alguns estudiosos. há verdadeira expansão *ope legis* do objeto litigioso do processo coletivo[525-526], enquanto para outros, na verdade não há uma

---

difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 543.

[524] STJ, REsp 1.189-679/RS, j. 24.11.2010, rel. Min. Nancy Andrighi.

[525] Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*.. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, e também LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. 2008.

[526] A questão deve ser vista com ressalva, pois a discussão sobre o significado das expressões "objeto litigioso", "objeto litigioso do processo" e "objeto do processo" é ainda existente. Menciono, por exemplo, a divergência de posicionamento entre Ricardo de Barros Leonel (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 235-245; e , LEOBEL, Ricardo de Barros. *Pedido e causa de pedir: conexão, litispendência e continência*. *In* CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 529), por mim acompanhado, para quem significa o

expansão do objeto do processo coletivo, mas sim um simples aproveitamento individual conferido por razões de política legislativa[527]. Em verdade, parece-me que a legislação consolida não só o dispositivo da sentença, mas também a fundamentação desta. Ciente de que tal não é a regra tradicional[528], entendo que a aplicação da visão clássica dos processos individuais não pode ser simplesmente transportada para as ações coletivas nesse tocante. Ou seja, é necessário que o juiz aprecie determinado aspecto para que, se em prol dos indivíduos, possa ser por estes utilizados. O objeto do processo não é necessariamente estendido, pois o juiz não trará à baila novos limites à lide. Ocorrerá que a fundamentação – em que não decide o juiz meritoriamente a questão mas utiliza o contexto fático-probatório trazido pela causa de pedir para prolatar a sua decisão na ação coletiva – por questões de política legislativa, de fato, é atingida também pela imutabilidade inerente à coisa julgada, razão pela qual a própria fundamentação há de servir como comprovação genérica e indiscutível do ilícito, além de título executivo genérico a ser liquidado por artigos. Trata-se, pois, de outra configuração da coisa julgada, mais adequada à solução dos conflitos coletivos, o que inclusive reforça a tese defendida por muitos e por mim de que os institutos do processo individual não podem ser simplesmente transportados para o processo coletivo[529]. Deve ser feita uma adequação da ótica, para que o instituto seja visto por um prisma de utilidade, tendo em vista o processo ser um instrumento substancial à concreção das leis.

---

conjunto da causa de pedir e do pedido, e Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil. In:* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 299-348, 2010, especificamente às pp. 344-348), para quem se traduz apenas no pedido.

[527] Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 299.

[528] Mormente por enfrentar o posicionamento de alguns processualistas de renome, como MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 41-42, e LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.

[529] Essa releitura, mesmo que eventualmente se mostre posteriormente errônea e refutável, demonstra, a meu ver, melhor conexão com as peculiaridades das ações coletivas. Não podemos simplesmente transportar tudo o que se sabe de coisa julgada no que tange aos processos individuais. Nesse sentido, anota LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 278: "É necessário, para o entendimento da coisa julgada coletiva, o afastamento do apego às concepções tradicionais dos limites subjetivos do julgado, ou melhor, sua adequada visibilidade à luz da relação jurídica processual sobre interesses supraindividuais. Aproveitando mais uma vez uma feliz expressão, é necessário extrair das antigas partituras novas sonoridades".

Assim, não é propriamente uma expansão do objeto processual, pois o juiz não decidirá o ponto de forma meritória nem inovará a lide, mas sim mera questão atinente à fundamentação; da mesma forma, não é apenas um aproveitamento garantido pela lei, mas mais que isso: verdadeira expansão dos limites objetivos da coisa julgada[530], que atingirá não só o dispositivo da sentença no caso, mas também a fundamentação desta, para fins de proveito individual

Essa solução, porém, não pode ser aplicada analogicamente quanto aos acordos coletivos extrajudiciais acaso não conste do acordo expressamente a dedução fática que se entende por incontroversa, bem como a responsabilização genérica nos termos do acordo. No silêncio disso, o acordo até pode ser mencionado como elemento de persuasão, mas não há vinculação direta entre o acordado e o dever genérico de indenizar, como fica decidido em processos coletivos que envolvem a tutela de direitos coletivos, em especial os individuais homogêneos. Assim, reputo que o acordo, no silêncio sobre esses temas, deve ser interpretado restritivamente[531] – o que, mais uma vez, reforça a ampla liberdade de atuação dos indivíduos. Esse silêncio não convém, e a atuação extrajudicial dos entes coletivos legitimados deve evita-lo, seja para dar máxima efetividade à solução alcançada, evitando a judicialização de questões mais profundas ou mesmo colaterais, seja para trazer a correção que a solução extrajudicial coletiva carece para dar segurança aos pactuantes.

---

[530] Tal entendimento é o mesmo de Liebman quando se analisa as relações interjurisdicionais, conforme anota GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autos do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 840-841, ao apontar o posicionamento de diversos doutrinadores. Também nesse sentido, DIDIER JUNIOR, Freddie *et al. Curso de direito processual civil*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009, v. 4: Processo coletivo, pp. 284-285.

[531] Inclusive por analogia ao artigo 843 do Código Civil – ou, para aqueles que reputam haver verdadeira transação pura e simples, a própria aplicação do dispositivo.

CAPÍTULO 7 – CONCLUSÃO

Conclui-se o presente estudo com a forte convicção de que a solução extrajudicial de conflitos coletivos deve ser estudada, difundida, admitida e utilizada pelo sistema de justiça brasileiro.

A via jurisdicional para solução dos conflitos em nosso país é majoritariamente a mais buscada, seja pela facilidade de acesso, seja pelo abuso dos grandes litigantes que dela se valem para melhorar seus resultados e chancelar suas ilicituides. Esse meio é tão mais buscado que todos os demais são chamados de *alternativos* – certamente em relação a um *principal*. O abandono dessa nomenclatura é importante para a difusão dos métodos equivalentes de jurisdição que são as soluções extrajudiciais para a solução dos conflitos.

O Brasil é um dos países com a legislação mais aprofundada e avançada em sede de tutela coletiva, inclusive contando com amplitude razoável de legitimados a atuar nesse âmbito. Porém, nossa tutela coletiva enfrenta as vicissitudes de todos os processos judiciais e, mais, sofre as consequências de forma tão majorada quanto o é sua potencialidade resolutiva: as ações coletivas no país são tão morosas e complexas que tendem ao infinito. Por isso é que se sustenta pragmaticamente, mas sem olvidar os princípios informadores da tutela coletiva, a necessidade de se retirar a visão necessarista da tutela jurisdicional em sede coletiva para, na toada de ampliar nossa própria democracia, permitir a construção e a criação extrajudicial de direitos e tutelas de ordem coletiva, mediante a atuação dos entes legitimados coletivamente já previstos pela própria Lei da Ação Civil Pública.

Para afastar essa necessariedade da tutela jurisdicional em sede coletiva, bastou a análise detida dos textos, não sendo necessária – ainda que pudesse ser útil – condicionar a aceitação deste posicionamento a nenhuma alteração legal sobre o assunto. Nós os brasileiros já convivemos com a criação de soluções extrajudiciais para conflitos coletivos antes mesmo da edição de leis que passassem a prever, ainda que sob a alcunha maquiada de *compromisso de ajustamento de conduta*, a possibilidade do acordo sem a participação do juiz. E as críticas existentes a cultura do acordo foram devidamente enfrentadas e rebatidas, uma a uma das que foram localizadas na pesquisa, seja no tópico próprio, seja de forma permeada ou até mesmo implícita durante todo o trabalho. Não há razão para ser *contra o acordo*, bastando estar atento para suas fragilidades e vocações. Todas as técnicas compositivas dos conflitos têm suas falhas e vantagens, restando o segredo na identificação daquela que mais adequada à solução do caso concreto. MANCUSO bem analisa os reflexos dessa valorização[532]:

> Vislumbram-se *externalidades positivas* no implemento da auto e da heterocomposição dos conflitos, fora e além da estrita jurisdição contenciosa, de estrutura adversarial. O Judiciário, desonerado das lides encaminhas aos meios informais, pode esperar mais dos seus juízes, já que presumivelmente, terão mais tempo para o estudo e deslinde dos casos efetivamente singulares e complexos; os jurisdicionados podem ter seus conflitos resolvidos de modo mais célere, a menor custo e com melhor qualidade; o Estado brasileiro, com uma Justiça mais leve, vale dizer, menos dispendiosa, pode redirecionar os recursos assim poupados para outras áreas carentes de investimento público, especialmente no campo social. Com tudo isso, é de augurar que aos poucos venha alterada a *cultura demandista ou judiciarista*, responsável em larga medida pela sobrecarga do serviço judiciário.

Nesse sentido, o advento de novas leis que previram o compromisso de ajustamento de conduta, os acordos de leniência, as delações premiadas, coroando-se o tema com o Novo Código de Processo Civil e com a Lei de Mediação, facilitaram a compreensão da intransigibilidade do núcleo duro dos interesses coletivos, mas a possibilidade de acordar em relação a aspectos laterais a tais interesses, não devendo se entender por laterais como "menos relevantes", em especial sob a ótica do causador dos danos coletivos. Tudo escorado em inúmeros doutrinadores, mas fazendo chamar especial

---

[532] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

atenção a Alexandre GAVRONSKI, Eduardo TALAMINI e Luciane Moessas de SOUZA.

A retirada do juiz da construção da solução traz, inegavelmente, uma perda de legitimidade sociológica que o processo, por meio de seu procedimento. à luz de LUHMANN, tornava inquestionável. Fez-me mister, assim, construir uma nova argumentação jurídico-racional, a qual escorei em ALEXY sob a influência de GAVRONSKI, para prever elementos essenciais à construção extrajudicial que possibilite a esta uma aceitação social, de modo a fazê-la hígida e, principalmente eficaz. Essa aceitação foi referida neste trabalho ora como adequação da solução extrajudicial, ora como correção da solução extrajudicial, a fim de demonstrar a estabilidade que se pode conseguir com a construção doutrinária sobre um tema que ainda engatinha no nosso microssistema processual coletivo.

Construído o alicerce da argumentação jurídico-racional a legitimar a solução extrajudicial em detrimento da busca constante e de cabresto à tutela jurisdicional estatal, analisamos três aspectos importantes para a compreensão do tema: a atuação dos legitimados coletivos, a análise das principais técnicas de solução extrajudiciais utilizadas hodiernamente no Brasil e a sua adequação, ainda que apenas aferida abstratamente e precariamente, à construção de uma tutela coletiva extrajudicialmente, para ao final analisar a influência dessas soluções na atuação coletiva e individual pela tutela efetiva dos interesses.

Nesse sentido analisou-se e buscou-se valorizar a atuação das associações civis em geral, por possuir ampla permeabilidade social e, em regra, ser o ente coletivo com maior contato direto com os problemas de tal natureza. Infelizmente a legislação brasileira enfrenta as associações com grande receio, que poderia ser mitigado por meio de criação de regras difíceis de implementar mas que, após o preenchimento desses requisitos, permitiriam a ampla liberdade de atuação por parte das associações, inclusive munindo-as dos poderes de elaborar, apenas por força de lei, soluções extrajudiciais com qualidade de título executivo extrajudicial.

Observou-se a atuação de entes públicos em geral, destacando-se a atuação da Secretaria de Defesa Econômica, vinculada ao Ministério da Justiça, ou seja, à União,

como um dos grandes órgãos fomentadores da solução extrajudicial. Os entes públicos estão, atualmente, sujeitos a uma conciliação intermediada pela Advocacia Geral da União para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública Federal no lado "passivo" da questão; no caso de insuficiência do acordo, a conciliação se converte em arbitragem *interna corporis* à Administração Pública e caberá ao Advogado Geral da União a elaboração de parecer vinculante não só ao caso mas a todos os órgãos administrativos. Trata-se de ferramenta que amplamente valoriza a solução extrajudicial também na seara administrativa, onde há espaço não só para interesses coletivos (interesses públicos primários) como para interesses do próprio Estado (interesses públicos secundários).

Dentre os órgãos públicos, porém, coube tratar de três em específico. O primeiro, as agências reguladoras. Nossa legislação é adequada ao trato dos conflitos coletivos pelas agências, assim como lhes confere ampla legitimidade de atuação e poderes que não são conferidos a basicamente mais nenhum outro ente, tais quais os de fiscalizar, sancionar e normatizar a relação dos regulados com o mercado em que atuam. Entretanto, notoriamente tais agências deixam a desejar, via de regra, em sua atuação e considerando todo seu potencial resolutivo, muito em razão da captura dos interesses das agências, de suas direções, por parte de atuantes no próprio mercado regulado, gerando evidente prejuízo à atuação institucional.

Tratamos também da Defensoria Pública, que vem sendo ampliada no país e obtendo cada dia mais respeito por parte dos cidadãos e dos demais poderes institucionais brasileiros. O espaço de poder ocupado pela Defensoria vem se ampliando (e inclusive gerando reações por parte do Ministério Público, injustificadas, diga-se de passagem). Há grande interesse de seus agentes, os defensores, de ampliar a atuação do órgão e inclusive enveredar para a busca de soluções extrajudiciais para a tutela dos necessitados a que detém finalidade institucional de proteger.

E, como não poderia deixar de ser, uma análise aprofundada demonstrou que o Ministério Público é o órgão por excelência na tutela extrajudicial coletiva. É o ente que mais detém ferramentas de persuasão extrajudicial, de negociação extrajudicial, de obtenção de informações essenciais à construção de uma saída para os conflitos e ao

atingimento de um consenso. Sua legitimidade é amplíssima e amparada constitucionalmente. Trata-se de instituição cujo berço no desenho político institucional brasileiro advém de séculos e, ainda que apenas recentemente, já possui total autonomia, tendo se desvinculado do Poder Executivo e deixado de deter funções consultivas para tão somente preservar a lei, a ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Apesar de haver inúmeros mecanismos, inclusive híbridos, e ainda de não haver uma taxatividade ou uma formalidade sobre os procedimentos, é inegável que no Brasil as soluções extrajudiciais coletivas são geralmente construídas mediante negociação direta entre as partes, ou ainda a negociação facilitada por um mediador, sendo possível também a construção da solução fomentada num ambiente negocial intermediado e ativamente participado pelo conciliador. Em caso de insuficiência de todas essas vias, ainda penderia a tutela jurisdicional, que poderia ser de ordem privada, por meio da arbitragem, ou mesmo a estatal – que este trabalho não pretende evitar ou aduzir ser imprestável, mas apenas que não é o único método de composição conflitual disponível aos litigantes. Após o estudo dessas técnicas, verificou-se a ampla aceitação da negociação e a sua permeabilidade por todos os demais métodos de solução extrajudicial; por sua vez, a mediação demonstrou-se apropriada para solucionar problemas complexos e que ensejam um relacionamento duradouro entre o violador da coletividade e a própria coletividade; a conciliação aparentou-se apropriada para desatar nós não no relacionamento entre as partes, mas na construção da solução, de modo que o conciliador passa a dar ele próprio ideias para dirimir o conflito – o que não vem sem o risco de se questionar sua imparcialidade, razão inclusive pela qual reputo não ser conveniente que o conciliador seja o próprio juiz (ainda que a lei tenha andado bem ao possibilitar o juiz conciliador para fomentar a solução pelas próprias partes, aproximando os métodos da população que, hoje, mais se aproxima do Judiciário). A arbitragem mostrou-se pouco interessante, numa consideração em abstrato, em razão de que sua celeridade, seus custos, sua maleabilidade processual e sua confidencialidade ficam maculadas ante os princípios democráticos de participação e publicidade inerentes à tutela coletiva, o que esvazia boa parte das principais vantagens do método.

Ao final, passou-se ao estudo da instrumentalização da solução obtida extrajudicialmente, a fim de dar eficácia à tutela dos interesses coletivos de forma ampla e, ao máximo possível, inquestionável. O cuidado na redução a termo faz parte da

construção jurídico-racional da solução e auxilia a blindá-la de questionamentos e de revisões judiciais. O termo de ajustamento de conduta, apesar de ser o expoente, não é o único título executivo passível de obtenção a partir de uma solução extrajudicial. Dessa forma a legitimação restrita aos órgãos públicos para sua celebração, apesar de trazer óbices, não trouxe impedimento absoluto a que outros colegitimados coletivos teçam soluções extrajudiciais para os litígios com que se deparar, fazendo-o sob as formas requisitadas por lei para a concessão da qualidade de título executivo ao termo, seja sob a modalidade extrajudicial, ou mesmo sob o *modus* judicial mediante a homologação perante o juízo competente.

O advento da solução extrajudicial possui, por si só, efeito persuasivo na solução dos conflitos. Porém, convém a qualificação de seu conteúdo como título executivo, extrajudicial ou judicial, para a um só passo dar maior efetividade à tutela coletiva ao mesmo tempo em que impede-se a proliferação de ações com o mesmo objeto, impondo aos demais colegitimados a necessidade de demonstrar seu interesse de agir a despeito do título executivo já existente. Não é possível assim aos demais legitimados requerer algo diferente do que já obtido, ou ainda apenas mais do que já obtido, senão pela prévia demonstração da insuficiência do quanto já obtido extrajudicialmente[533]. Outrossim, o título executivo permite a propositura de demanda executória pelos legitimados em geral, não necessariamente só aquele que celebrou a solução negociada e consubstanciou o título.

Tudo isso em voga para uma amplificação do acesso à justiça material, permitindo o fomento de mais técnicas de solução de conflitos, libertando-se das amarras do processo judicial como *principal* método, para adentrar num sistema de equivalência de métodos.

---

[533] Como bem anota ironicamente GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 409: "A busca de uma tutela *mais correta* (melhor) tendo ao infinito, ou, mais especificamente, aos vinte anos que a ação levará até transitar em julgado".

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução do autor. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, (215):151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999, pp. 151-179.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo, v. 229, 2002, pp. 285-311. *In*: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras, acessado e baixado em 05/02/2015.

BERGAMASCHI, André Luis. *A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais*. Tese de mestrado apresentada juntado à FDUSP, São Paulo, 2015.

BERNHEIM-DESVAUX, Sabine. *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*. JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 1230, 8 avril 2014. Em: http://clubdesmediateurs.fr/wp-content/uploads/2014/06/Document-Mme-Desvaux.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE) nº 13. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Março/abril/maio, 2008. *In*: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF, acessado e baixado em 05/06/2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Ricardo Franco *et al*. *As principais características e desafios do acordo de leniência na Lei Anticorrupção*. *In*: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha (org.). *Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, pp. 67-82, 2015.

BRASIL. Balanço de Atividades. Câmara de Indenização Vôo TAM 3054, 2009.

BRASIL. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. *In*: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a93357991548 8.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016.

BRASIL. Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. *In*: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016.

BRASIL. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais: ações coletivas – Relatório Final*. Ministério da Justiça. Brasília, 2007. *In*: http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf, acessado e baixado em 05/04/2016.

BUCKNER, Carole J.. *Due process in class arbitrations*. Florida Law Review 185, vol. 58, 2006, pp. 185-263.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade*. Texto para discussão nº 1328. Brasília: IPEA, 2008. *In*: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1328.pdf, acessado e baixado em 08/11/2016.

CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998 (reimpresso em 2002).

CARRATTA, Antonio. *Titolo esecutivo europeo*. Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXI. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. *O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social*. Revista Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 34, n. 2, pp. 173-196, jul./dez. 2013.

CENTRE DE MEDIATIÓN ET ARBITRAGE DU PARIS. *Règlement de mediatión collectif an matière de consommation*. Chambré de Commerce et d'Industrie de Paris. 2015. *In*: http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/12/reglement-de-mediation-collective.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2010.

COIMBRA, Rodrigo. *Direitos transindividuais trabalhistas: jurisdição trabalhista coletiva e direito objetivo. In* http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1001-direitos-transindividuais-trabalhistas-jurisdicao-trabalhista-coletiva-e-direito-objetivo, acessado e baixado em 30/07/2012 e rebaixado em 22/12/2016.

COSTA, Daniel Carnio. *Danos individuais e ações coletivas*. 2ª ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2011.

COSTA, Fernanda Pereira. *Termo de ajustamento de condut a – TAC.* Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor. Porto Alegre, Magister, 2005, v. 9, n. 54, p. 62–72, dez./jan., 2013.

COSTA. Mateus Pereira *et. al. Da classificação dos direitos coletivos ao reconhecimento da "prescrição" dos direitos individuais homogêneos: equívocos teóricos e o precedente dos expurgos inflacionários*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Número 4/2011. JFPE: Recife, pp. 322-362.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.-aug., 2016, In:* http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=133&embedded=true , acessado e baixado em 20/12/2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

DIDIER JÚNIOR, Freddie *et al. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22 da lei n. 12.016/2009). In* http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/86-coisa-julgada-no-mandado-de-seguranca-coletivo-art-22-da-lei-n-12-016-2009, acessado e baixado em 30/12/2016.

DIDIER JUNIOR, Freddie *et al. Curso de direito processual civil*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009, v. 4: Processo coletivo.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 7ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil. In:* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 299-348, 2010.

DONIZETTI, Elpídio *et al.*. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTEVES, João Pissara. *Legitimação pelo procedimento e deslegitimação da opinião pública*. Em SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilha: Universidade da Beira Interior. 2005, pp. 281-320.

FABREGA P., Jorge. *Medios alternativos de solución de conflictos con especial referencia a la república de Panamá y a la de Estados Unidos*. Ponencia presentada en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mimeógrafo, Santiago de Querétaro, pp. 311-330, mayo de 1997.

FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, Agosto/2004, pp. 103-125. *In:* http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso, acessado e baixado em 01/12/2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Revisão e apresentação do livro* Legitimação pelo procedimento *de Niklas Luhmann.* Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23, acessado e baixado em 08/05/2015.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termos de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. Dissertação de mestrado apresentada junto à FDUSP, 2011.

FISS, Owen M.. *Against Settlement* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 1215. The Yale Law Jornal, 93, pp. 1073-1090. *In*: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215, acessado e baixado em 15/11/2015.

FISS, Owen M.. *Models of Adjudication*. Caderno Direito GV, Vol. 1, N. 8 Novembro 2005. *In*: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1, acessado e baixado em 15/03/2016.

FONTES, Vera Cecília Gonçalves *et. al.*. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – nº 4, pp. 36-50, 2007.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *A importância do instituto da "recomendação" na tutela do patrimônio público e social.* I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, Livro de Teses, Tese 11, 2010, *in*: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico/Raul%20de%20Mello%20Franco%20-%20A%20import%C3%A2ncia%20da%20recomenda%C3%A7%C3%A3o.doc, acessado e baixado em 05/06/2016.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GABBAY, Daniela *et al. Meios alternativos de solução de conflitos*. Série Direito & Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GABBAY, Daniela *et. al. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 38/2011. Brasília. 2011.

GALANTER, Marc. ... *A Settlement judge, not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States.* Journal of Law & Society, v. 12, n. 1, spring 1985.

GALANTER, Marc. *Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about tour allegedly contentious and litigious society.* 31 UCLA Law Review n.4. October, 1983.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções) *In* Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa*. Revista Consultor Jurídico, 12/02/2016.

GIDI, Antonio. *A* Class Action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira *et. al*. (org.). *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. 2015.

GOZZOLI, Maria Clara *et al.* Coords. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*. Revista de Processo. n. 136. Jun. 2006. p. 249-267.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer* apresentado no Processo ADI 3943. *In*: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf, acessado e baixado em 28/03/2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I.

JOUAN, Clémence. *Les recours collectifs en droit de la consommation: Efficience et impact*. Mémoire de fin d'étude sous la direction de Mme le professeur Géraldine Goffaux-Callebaut. Master 2 Enterprise et droit de l'Union Européenne. Université Jean Monnet – Paris Sud. Anée universitaire 2012/2013. Em: http://master2edue.com/wp-content/uploads/2013/10/m%C3%A9moire-FINAL_.pdf, acessado e baixado em 21/04/2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

FEINBERG, Kenneth R.. *Reexamining the Arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement*. 78 Fordham L. Rev. 1171 (2009), pp. 1171-1176. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/, acessado e baixado em 16/11/2016.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *O fenômeno da captura das agências reguladoras – federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados*. Revista CEJ, 26, jul/set, 2004, pp. 63-68.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984

LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação de mestrado, UFBA, Salvador, 2009.

LOBATO, Márcia Regina. *Ação de cumprimento*. R. Fórum Trabalhista – RFT | Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jan./fev. 2014, pp. 37-66.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília. 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1982. Vol. 2.

MAGANO, Octávio Bueno. *Solução extrajudicial dos conflitos individuais*. São Paulo: 1997, Artigo. Fonte: Trabalho & Doutrina: processo jurisprudência, São Paulo, nº 14, p. 80-84, set. 1997.

MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A litispendência e a substituição processual no processo do trabalho: ação ajuizada pelo sindicato na condição de substituto processual e ação distinta ajuizada pelo empregado substituído com mesmo pedido*. Brasília: Rev. TST, v. 74, n. 3, jul/set 2008. *In* http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5426/003pedropauloteixeiramanus.pdf?sequence=1, acessado e baixado em 23/08/2013.

MARCONDES, Roberto Rangel. *A coisa julgada na ação civil pública trabalhista*. São Paulo, 2006. Tese de mestrado na FADUSP, registro 001563174.

MARTINS, Amanda Athayde Linhas *et al*. *Leniency programme in Brazil – recent experiences and lessons learned – contribution from Brazil*. 14th Latin American and Caribbean Competition Forum 12-13 APRIL 2016, Mexico City, Mexico. OCDE. *In*: file:///C:/Users/janic_000/Documents/Facvldade/Mestrado/Textos%20eletr%C3%B4nicos/2016_OCDE_Leniency%20in%20Brazil.pdf, acessado e baixado em 18/12/2016.

MASTRODI, Josué. *Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais*. Rev. direito GV, vol.10 no.2. São Paulo. Julho/Dezembro, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público.* Revista de Direito Ambiental, v. 41, jan/2006, DTR\2006\25, pp. 93 e ss.. *In* http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf, acessado e baixado em 21/10/2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação de mestrado, UFPE. Recife, 2010.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de mestrado, FDUSP. São Paulo, 2012.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladores*. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGRÃO, Ricardo, *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política., nº 37. 1996, pp.93-106.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. *Defensoria Pública brasileira: sua história*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, pp. 59-74, maio/agosto, 2007.

OPTION CONSOMMATEURS. *L'arbitrage collectif: une solution par les consommateurs? Étude présentée au Bureau de la consummation d'Industrie Canada*. Rapporte de Recherce – Option consommateurs, Juin 2007.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. São Paulo, 2014, Tese de mestrado na FDUSP.

RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SADEK, Maria Tereza. Org. *O Sistema de Justiça*. CEPS: Rio de Janeiro, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Parecer: dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União*. Consulta e pedido de parecer pela Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF. *In*: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf, acessado e baixado em 06/08/2016.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEVERYN, Evelyne. *Quels lieux pour la médiation civile en Europe?*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. pp. 107-149, Janeiro a Junho de 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Convenção Coletiva de Consumo: Uma abordagem sobre sua natureza jurídica e as dificuldades da implementação do art. 107 do Código de Defesa do Consumidor*. *In*: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24656-24658-1-PB.pdf, acessado e baixado em 10/12/2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, pp. 607-630.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Organizadora). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Florianópolis. Tese de doutorado apresentada na UFSC, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*, 1ª ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

STERNLIGHT, Jean. *Tsunami: AT&T Mobility LLC v. Concepcion impedes access to justice*. Oregon Law Review 703, vol. 90, 2012, pp. 703-728.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*. Revista de processo, v. 128, out/2005. *In*: https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais, acessado e baixado em 28/05/2015.

TALAMINI, Eduardo *et. al. Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexos sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. *In:* BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et. al.* (coord.). C*ausa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A intervenção preventiva extrajurisdicional do Ministério Público no combate à corrupção – escala de ação progressiva como fator de emancipação social*. III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, Livro de Teses, pp. 9-19, 2015.

WEINSTEIN, Jack B.. *Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)*. 78 Fordham L. Rev. 1265 (2009), pp. 1265-1272. *In*: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8, acessado e baixado em 16/11/2016.

XIMENES, Salomão Barros *et al*. *Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo*. 8º Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos (28 a 30 de abril de 2014, Faculdade de Direito, USP, São Paulo – SP. *In*: http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2014/10/Artigo_EsterRizzi_SalomaoXimenes_litigioestrategicoeducacaoinfantil.pdf, acessado e baixado em 05/06/2016.

YONOVER, Jaqueline. *Understanding ADR*. Cornell HR Review. Jan. 2015. *In*: http://www.cornellhrreview.org/wp-content/uploads/2015/01/CHRR-2015-Yonover-Understanding-ADR1.pdf, acessado e baixado em 15/03/2016.

ZANELLATO, Marco Antonio. *Termo de ajustamento de conduta – TAC: aspectos gerais e polêmicos*. 2008. *In* http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf, acessado e baixado em 21/10/2013.

ZAVASCKI, Teori. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZUFELATO, Camilo. *Parecer* apresentado no processo 1001287-53.2015.8.26.0196. 18/02/2015.