



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos

(Multi-door Justice and Appropriate Constitutional Protection:
Consensual Solutions in Collective Rights)

Fredie Didier Jr.

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Doctor, Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation Professorship (University of São Paulo)

and

Hermes Zaneti Jr.

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Doctor (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy).

Resumo: O texto trata da justiça multiportas no processo coletivo. Aponta a necessidade de rever algumas premissas, não se trata mais de meios “alternativos”, mas de meios “adequados” à tutela dos direitos. Para tanto pretende propor a alteração da concepção de indisponibilidade dos direitos de interesse público. A indisponibilidade não pode atentar contra a efetividade da tutela. Propõe ainda alterar a visão sobre a confidencialidade nas soluções consensuais, apontando a necessidade da intervenção do juiz, da ampliação da participação (audiência públicas e *amicus curiae*) e da transparência das negociações e do seu resultado. A produção de prova suficiente para autorizar a autocomposição é pressuposto para a validade do acordo face



à necessidade de decisão informada. Defende, a adequação à tutela dos direitos como filtro constitucional da admissibilidade dos meios de solução consensual dos conflitos coletivos.

Palavras chave: Justiça consensual – Multi-door Justice – Indisponibilidade do interesse público – Adequação.

Abstract: The text deals with the multi-door justice for class actions in Brazil. Points out the need to revise certain assumptions, this justice is no longer "alternative", but "appropriate" to the protection of rights. For both intend to propose an amendment in the conception of unavailability of public interest. Unavailability cannot affect the effectiveness of the protection of rights. It also proposes to amend the confidentiality in the consensual solutions, pointing out the need for the intervention of a judge, on the judicial process, the expansion of participation (public hearing and *amicus curiae*) and the transparency of the negotiations and their outcome. The production of sufficient proof to authorize consensual solutions is a prerequisite for the validity of the agreement in view of the need for informed decision. Advocates, that the protection of constitutional rights needs an adequacy filter of admissibility when regards the consensual solution of collective conflicts.

Keywords: Consensual justice – Multi-door Justice – Unavailability of public interest – Adequacy.

Sumário: 1. Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça constitucionalmente adequada. 2. Da alternatividade à adequação. 3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva. 4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial. 4.1. Generalidades. 4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial). 4.3. A concreção de direitos e deveres



a partir dos compromissos de ajustamento de conduta. 4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição. 5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC). 6. Negócios jurídicos processuais coletivos. 7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa. 7.1. A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa. 7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário. 8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada. 9. Limites à autocomposição nos processos coletivos. 10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes. 11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus*. 12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas. 13. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça adequada.

O processo civil está passando por uma radical transformação.

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas.¹

¹ A experiência da *Multi-door Courthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da *Harvard Law School*, cf. SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979, já citado por VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. In: *Revista de Processo*. v. 251, ano 41. São Paulo: Ed RT, jan. 2016, p. 391-426. Vale lembrar, como fez Eduardo Oteiza, que a origem do discurso norte americano sobre os meios alternativos para solução dos problemas judiciários já se encontrava em POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. Disponível em: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso em: 22.03.2016, apresentado na Annual Convention of the American Bar Association, em 1906. Cf., ainda, OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1*,



Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*.² Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição³, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros”.⁴

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a

Sorbonne, 21/25-9-2005. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 10.03.2016, ítem 3. Sobre a influência da cultura no processo, em especial no que diz respeito aos sistemas de resolução de conflitos afirma a doutrina: “sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultural [...] o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera.” CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sérgio Arenhart; Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 191.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L’Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17-18. O caráter residual da justiça comum é comprovado pela experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra. Citado por Andrews, os *Practice Directions – Protocols* afirmam “o processo jurisdicional deve ser a *extrema ratio*, e... as demandas judiciais não devem ser promovidas prematuramente, quando é ainda provável uma transação”.

³ A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não-estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Na doutrina, defendendo o princípio da adequação e apontando inclusive algumas das principais críticas ao sistema multiportas, em especial, as dificuldades culturais dos operadores brasileiros, a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para o exercício da mediação e da conciliação, a criação de centros para as sessões de mediação e audiências de conciliação, etc., cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011, p. 187-208; NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015, p. 427-441.

⁴ COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19-21. Sobre o princípio da atipicidade, idem, p. 24.



aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.⁵

2. Da alternatividade à adequação.

O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da “alternatividade”, de todo duvidosa, aposto à conciliação ou à mediação.

Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no art. 166 do CPC).

Depois, é preciso considerar a “adequação” do meio – e a sua “alternatividade”.⁶ Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias.

Como afirmou a doutrina: “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais.”⁷

⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 183-200.

⁶ O CPC trata a adequação e a flexibilidade dos procedimentos como uma das suas premissas para atingir o objetivo da tutela adequada e efetiva. Ao contrário do CPC-1973, no qual o processo e o procedimento eram considerados normas de ordem pública, de caráter cogente e inderrogável pelas partes e pelo juiz, o que acarretava uma série de nulidades absolutas por inversão ou alteração procedimental, o CPC atual permite às partes e ao juiz estabelecerem o procedimento que mais se ajuste à solução do litígio, sendo controlada a escolha pela sua capacidade de prover na adequada solução, critério material de adequação ao direito tutelado, e não por um critério formal de adequação.

⁷ COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, p. 35.



Esse movimento ocorreu no âmbito da tutela dos direitos individuais; assim, pergunta-se: podemos negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva? No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

Recentemente, como veremos a seguir, alterações legislativas no Direito brasileiro reforçaram a previsão já existente na ação civil pública, que era a regra geral na matéria (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva.

Não é possível haver renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas do grupo; é possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, por se tratar de benefício para o grupo – salvo em casos de situações jurídicas coletivas passivas, em que a tônica da indisponibilidade se mantém, pois interesses do grupo estarão no polo passivo do processo.

Em razão disso, não se pode negar que hoje, no Brasil, a espécie mais comum de autocomposição no processo coletivo é a transação, não obstante a regra do art. 841 do Código Civil.⁸

Veja, inclusive, que, no caso de processo duplamente coletivo, somente será admissível a transação como meio de autocomposição. Pois há grupos em ambos os polos, representados por substitutos processuais.

Assim, o que determina ou não a possibilidade de renúncia do direito é o fato de ele se tratar de um direito do grupo ou de um direito individual. Os direitos do grupo são tutelados

⁸ Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação (Código Civil Brasileiro, 2002). Neste sentido, justamente pelo caráter indisponível e não-patrimonial, importante doutrina se posicionou restritivamente às transações em direitos coletivos e com importantes considerações gerais sobre as alternativas à jurisdição, cf.: TARUFFO, Michele. *Un'Alternativa alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti*. In: *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007.



em juízo pelos colegitimados, sendo indisponíveis para os colegitimados, daí não se admitir a sua renúncia – os colegitimados não possuem legitimação extraordinária material.

Porém, por se tratar de legitimado por substituição processual, a transação terá limites mais rigorosos, por não serem eles os próprios titulares do direito que veiculam a ação.⁹

Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: *a*) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; *b*) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação;¹⁰ *c*) a efetivação dos direitos exige sua concretização.¹¹

4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial.

4.1. Generalidades.

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os

⁹ Compreendeu o ponto: GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões no Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 350-351.

¹⁰ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. “Transação no curso da ação civil pública”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 16, p. 124-125. Como afirma Ana Luíza Nery: “a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que direitos transindividuais possam ser objeto de transação pelos legitimados para sua defesa”. (NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 151.) E arremata: “a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada”. (idem., p. 155).

¹¹ O tema é debatido a muito tempo pela doutrina que lida com a metodologia jurídica, com a teoria do direito e com o direito constitucional, mas basta, aqui, para reforçar esta imperatividade da tutela dos direitos, em especial dos direitos complexos, citar os trabalhos de Alexandre Gravonski. Cf.: GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011, esp. p. 116-184; GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 333-362.



órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações.

Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negócio jurídico, para outros.¹² Quer se adote esta ou aquela concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória.

A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta¹³ entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva.

A partir dos Pactos Republicanos pela justiça, frutos de uma estratégia internacional para a América Latina,¹⁴ uma série de medidas foram adotadas no Brasil para disciplinar a transação, inclusive nos processos coletivos.

A Resolução n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, determina a criação de um cadastro nacional com informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público tratam da mediação, conciliação, negociação e outras formas de conciliação.

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão-somente, a regulação do modo

¹² Sobre o assunto, entendendo tratar-se de negócio jurídico bilateral: RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97-240; NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 156.

¹³ Sobre a negociação direta conferir: CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In.: ZANETI JR., Hermes; XAVIER, Trícia Navarro. *Justiça Multiportas*. (Coletânea Internacional. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁴ OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, www.academia.edu, acesso em 10.03.2016.



como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, à concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo.¹⁵

Isso não quer dizer que o “espaço de negociação” seja pequeno. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery, “o espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...) As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento”¹⁶.

A lição é correta é importantíssima. A autora dá excelente exemplo: imagine-se que, no compromisso, se ajuste um tempo maior para que o particular se adapte à exigência legal; nesse caso, se o ente público ajuizar ação civil pública, violando a cláusula em que se comprometia a esperar a adequação do particular, “evidentemente o ajuste será o fundamento da defesa judicial a ser apresentada pelo particular, que alegará, ainda, a violação ao dever legal de boa-fé, incidindo na conduta proibitiva do *venire contra factum proprium* por parte da Administração Pública”¹⁷. Rigorosamente, nem há necessidade de alegar o *venire contra factum proprium*; a situação é mais simples: trata-se de inadimplemento do compromisso.

Enfim, o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser compreendido como mera anuência, submissão ou concordância plena pelo administrado aos termos propostos pelo legitimado coletivo¹⁸.

A partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução do mérito (art. 487, III, “b”, CPC).¹⁹

¹⁵ “De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 175).

¹⁶ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198.

¹⁷ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198-199.

¹⁸ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 142-143.



Sobre o assunto, com precisão, Geisa de Assis Rodrigues, comparando a autocomposição judicial, nestas situações, com o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985:²⁰

“A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas sendo admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo de transação”.²¹

Geisa Rodrigues aponta as distinções entre o ajustamento de conduta judicial e o extrajudicial: a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos;²² b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com conseqüente produção da coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial; c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é extrajudicial.²³ De todo modo, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser levado à homologação judicial (art. 515, III, CPC)²⁴.

¹⁹ Sobre a possibilidade de acordo em demandas coletivas, apenas para ilustrar: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 225-238; PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *A transação no curso da ação civil pública*, cit., p. 116-128.

²⁰ § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985: “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”.

²¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 234.

²² Discorda, no particular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90). Não vemos como possa vingar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participação do Ministério Público como *custos legis*.

²³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 332-6.

²⁴ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 277.



É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada” para a caracterização da legitimidade *ad causam*²⁵. Além disto, está submetida ao mesmo controle judicial de adequação em razão do objeto, além da possibilidade de impugnação, como se verá adiante.

Há julgado que esclarece muito bem a importância de permitir a transação em direitos difusos relacionados ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, desde que controlada pelo juízo e pela presença do interesse público primário e não só e exclusivamente pelo Ministério Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), cuja ementa se transcreve e cujo conteúdo deve ser lido pelo estudioso, em razão da bela polêmica travada:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUCTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra”.

Assim, em casos especiais, a regra geral pode ceder à realidade e, mediante controle do juiz e do Ministério Público, ser possível transacionar para atender a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, de forma a propiciar o “equivalente” à efetivação da tutela específica,²⁶ bem como, a tutela que tenha por objeto a prestação pecuniária.

²⁵ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202.

²⁶ Questão preocupante nos acordos em causas coletivas diz respeito à eficácia *erga omnes* da coisa julgada surgida com a homologação judicial do acordo. Como é cediço, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos



4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial).

O § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985, determina que qualquer dos *órgãos públicos legitimados* poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

Apresentam-se três conclusões: 1) apenas os órgãos públicos poderão firmar o compromisso de ajustamento de conduta; 2) o Ministério Público não é o único órgão público que poderá firmá-lo; 3) não há disponibilidade sobre o objeto, sendo que o compromisso deverá estar estritamente vinculado às exigências normativas, incluindo os precedentes, e aos padrões da Dogmática Jurídica.

O Conselho Nacional do Ministério Público acrescentou a expressão exigências normativas (abrindo o sistema), acrescentando ainda a possibilidade de compensação ou indenização para os danos em que não for possível a tutela específica (art. 14 da Res. nº 23 do CNMP).

Não se pode esquecer que o art. 784, IV, CPC, reconheceu o caráter de título executivo extrajudicial também às transações referendadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores (válido para os processos

apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é direito transindividual. Essas circunstâncias fazem com que admitamos a possibilidade de o *terceiro colegitimado ingressar com um recurso*, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição. Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – esse ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restaria a ação rescisória. Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. *A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto, poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material*” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 237; também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado: VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*, cit., p. 90).



coletivos apenas em se tratando de direitos disponíveis) ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um “órgão público” (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

Por outro lado, não há nenhuma limitação quanto aos colegitimados em se tratando de transação efetuada em juízo. Uma especial razão para isto é a presença, em todas as ações coletivas, do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico; outra razão é a presença do juiz, como fiscal do acordo a ser homologado.

4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta.

Há, ainda, a possibilidade de concreção de direitos a partir do compromisso firmado.

O dogma da vinculação estrita do Direito à lei cede espaço à noção contemporânea de juridicidade, ou seja, a ideia de vinculação dos aplicadores do direito ao sentido da norma constitucional e infraconstitucional em conformidade à unidade narrativa da Constituição.²⁷

No atual estado do nosso ordenamento jurídico, na presença de normas porosas, de tessitura aberta, na forma de pautas carentes de preenchimento, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (enunciados normativos) e os princípios (norma jurídica), é natural que existam graus de interesse público e uma disponibilidade motivada daí decorrente na determinação dos deveres descritos nas normas jurídicas. Além disto, a maior participação dos grupos poderá influenciar na concretização da norma (e.g. audiências públicas e *amicus curiae*, não por acaso ambos previstos no CPC).²⁸

²⁷ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 15, nota 1.

²⁸ A relação entre a participação democrática no processo, contraditório, as audiências públicas e o *amicus curiae* está marcada claramente nos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis): “IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138; art. 15). Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate



No compromisso de ajustamento de conduta, deve o órgão legitimado a celebrá-lo proceder a uma aplicação não jurisdicional do princípio da unidade narrativa da Constituição; assim, se devem evitar compromissos que não atendam à finalidade da ordenamento jurídico.

Note, contudo, que ao firmar um compromisso de ajustamento de conduta, mesmo quando a lei não tenha previsto o regramento específico para o caso, o órgão legitimado não tem o poder de dispor do direito material coletivo; por isso, o órgão vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o direito coletivo. Isto porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a dogmática se amplia para além da lei, incluindo os precedentes e o trabalho da doutrina em uma compreensão hermenêutica do problema jurídico enfrentado.²⁹

Por esta razão, acertada a ampliação do texto do art. 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, para incluir, na definição do “ajustamento da conduta”, além das exigências legais, outras exigências normativas, incluindo-se as resoluções e decretos, bem como a interpretação dada pelos órgãos competentes às cláusulas gerais de tutela dos direitos coletivos lato sensu;

Art. 14 da Res. nº 23 do CNMP: “O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e,

e, portanto, mais democrática. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, §1º, e 927, §2º) É cabível a intervenção de amicus curiae no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)”; “IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas. (Grupo: Precedentes).”.

²⁹ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.



ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”.

É fundamental repisar o que se tem dito alhures: é preciso compreender que o Direito não se resume à lei. A passagem “da lei para o ordenamento jurídico” também ocorreu no CPC/2015. Basta observar que o CPC, nos arts. 8º, 140 e 178, não fala em mais em lei, aplicação da lei, ou em fiscal da lei, como referia o CPC/1973 (art. 5º, LINDB, art. 126 e art. 82, CPC/1973); mas, em todos casos, seja na interpretação do direito (art. 8º), seja na aplicação (art. 140), seja na atuação do Ministério Público como interveniente, o legislador processual contemporâneo refere ao “ordenamento jurídico”.

Esta mudança não é pequena nem se deu por acaso; ela segue a linha da constitucionalização do processo, pois, já no art. 1º, o CPC afirma que será interpretado e aplicado segundo os valores e normas previstos na Constituição.

4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição.

A produção antecipada de provas foi reconstruída no CPC. A partir de agora, a produção de prova poderá ser utilizada de modo a servir como importante instrumento para a obtenção de autocomposição (art. 381, II e III, CPC).

O novo CPC prevê dois novos fundamentos para a ação de produção antecipada de prova. O CPC ampliou a autonomia do direito à produção da prova, de modo a permitir ação probatória autônoma em situações que não pressuponham urgência³⁰, deixando claro o seu cabimento para o caso de a prova a ser produzida servir para a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, II e III, CPC).

³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.



Claramente a ampliação das hipóteses de produção antecipada de prova serve ao propósito da tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos. Com as informações sobre a causa, ficará muito mais simples para as partes alcançarem um acordo qualificado, afastando uma das críticas aos acordos que é a desproporcionalidade entre a informação das partes envolvidas. Ao mesmo tempo, isso atende ao princípio da “decisão informada”, também previsto no art. 166, *caput*, do CPC.

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas. Segundo Yarshell³¹, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes³².

O art. 381 do CPC é muito mais amplo que o seu correlato no CPC-1973. Não se limita apenas as provas periciais e orais, englobando todas as espécies de provas e consolidando os procedimentos que o CPC/1973 tratava de forma isolada como justificação e produção antecipada de provas. Diferentemente do CPC-1973, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova. O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar”). O CPC atual fundiu

³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 330-331.

³² DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 11ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2. p. 143.



(unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. O CPC atual previu, também, a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova – e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Além disto, a gestão do processo e as estratégias a serem utilizadas processualmente dependem do conhecimento dos fatos. O inc. III, art. 381, CPC, valoriza a *discovery* (a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda.

Note-se que isto se aplica mesmo para as partes que não possuem a prerrogativa de investigação do Ministério Público, isto é, para as partes que não podem utilizar o instrumento do inquérito civil. Portanto este instrumento autoriza aos colegitimados a requerer provas em juízo para o fim de analisar o cabimento da ação coletiva.

Como se vê, a produção de prova que prepare (dê lastro) a futura ação coletiva pode resultar de um procedimento judicial.

Ou seja, nem sempre o lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva é produzido por inquérito civil e, por isso, nem sempre decorrerá da atuação administrativa do Ministério Público.

É preciso sintonizar, também aqui, os instrumentos de produção antecipada de prova judicial e extrajudicial para a tutela coletiva.

5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC).

Uma das marcas do CPC-2015 é o estímulo à autocomposição.

Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 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”.

Uma das técnicas de estímulo à autocomposição é a designação de uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação, antes do oferecimento da resposta pelo réu (art. 334 do CPC). Trata-se de uma importante alteração no procedimento comum promovida pelo CPC-2015.

Surge, então, a seguinte questão: o art. 334 do CPC aplica-se no procedimento da ação civil pública? Ou seja: agora, na ação civil pública, o réu deve ser citado para comparecer à audiência, antes de apresentar a resposta?

A resposta é positiva.

Há várias razões.

Em primeiro lugar, a especialidade do procedimento da ação civil pública, em relação ao procedimento ordinário do CPC-1973, residia em basicamente dois pontos: a) possibilidade de tutela provisória satisfativa liminar (art. 12 da Lei n. 7.347/1985), que não existia, em 1985, ano da edição da lei de ação civil pública, no procedimento ordinário do CPC-1973 – essa possibilidade somente veio a existir com a nova redação do art. 273 do CPC-1973, feita em 1994; b) a apelação contra sentença não ter efeito suspensivo automático.

A sequência dos atos do procedimento da ação civil pública é a mesma do procedimento comum, portanto. Alterado o procedimento comum, altera-se o procedimento da ação civil pública, mantida eventual peculiaridade.

O pensamento estende-se à ação popular, pelas mesmas razões. Não se estende ao mandado de segurança coletivo, cujo procedimento é essencialmente diferente do procedimento comum – o que não impede que haja autocomposição, apenas não há a obrigatoriedade de realização dessa audiência preliminar, justamente por se tratar de rito sumário documental.



Em segundo lugar, não há proibição de autocomposição em causas coletivas, como visto. Ao contrário, a solução dos conflitos coletivos mediante o termo de ajustamento de conduta judicial ou extrajudicial é valorizada e incentivada.

Em terceiro lugar, não há qualquer razão que justifique a exclusão dos processos coletivos da política nacional de estímulo à solução negociada dos conflitos, imposta pelos §§2º e 3º do art. 3º do CPC.

Os argumentos de cunho doutrinário ligados à indisponibilidade do direito, à forte presença de interesse público e a ausência de participação dos grupos na tomada de decisão já foram enfrentados acima, mas cabe repisar que em nenhum caso se afasta a autocomposição como regra, apenas é exigível que ela seja adequada para a tutela dos direitos. Como vimos, muitas vezes ela é a forma mais adequada de tutela.

Em quarto lugar, no único caso em que disciplina expressamente um processo coletivo, o CPC impõe a realização da audiência preliminar de mediação e conciliação, antes mesmo da análise do pedido de tutela provisória – ações possessórias contra uma coletividade, reguladas pelo art. 565 do CPC. Trata-se de verdadeiro paradigma normativo de estímulo à solução consensual de conflitos coletivos: a) para todos os tipos de conflito, impondo a audiência de tentativa de autocomposição; b) para os conflitos coletivos passivos, impondo essa audiência, como audiência prévia de justificação, antes mesmo do exame do pedido de tutela provisória. É importante notar que nos conflitos de terra muitas vezes há conflito entre direitos fundamentais que devem ser preservados na máxima medida possível e justamente por isto reforçamos que a autocomposição é viável e adequada nestes casos.

Em quinto lugar, o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015 expressamente determina que a “Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, *procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos*”. A prestação de serviços públicos é matéria de direito administrativo, interesse público, mas, na vida real, existem graus de satisfação que podem ser atendidos e implementados, logo a



autocomposição, além de evitar processos intermináveis, resulta em menor resistência das partes no atendimento da medida acertada, garantindo mais efetividade.

Assim, somente não seria determinada a audiência de mediação e conciliação, prevista no art. 334 do CPC, no processo da ação civil pública, quando autor e réu do processo coletivo disserem expressamente que não pretendem resolver por autocomposição (art. 334, §4º, I, CPC).

Se o legitimado coletivo for um ente público (inclusive Ministério Público e Defensoria Pública), a recusa à autocomposição deve ser motivada. Isso porque, de acordo com o §3º do art. 3º do CPC, os entes públicos têm o dever funcional de estimular a autocomposição. No caso do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, na Resolução n. 118/2014, da qual também decorre a exigência desse tipo de comportamento.

6. Negócios jurídicos processuais coletivos.

O art. 190 do CPC é uma cláusula geral de negociação processual. Com base nele, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.³³

Neste momento, cabe abordar o seguinte ponto: admite-se a celebração de negócios processuais atípicos em processos coletivos?

Sim, sem dúvida.

Não se deve afastar a possibilidade de negócios processuais coletivos³⁴⁻³⁵. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 384-399.

³⁴ Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

³⁵ “(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d)



coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo, vinculando os grupos envolvidos, titulares do direito.

Alguns exemplos: a) escolha convencional de um perito; b) pacto de disponibilização prévia de documentos; c) pacto de produção antecipada de prova; d) o pacto sobre o dever de financiar o custo da prova; e) criação de hipótese negocial de tutela provisória de evidência (art. 311, CPC) etc.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, aqui, por analogia, também, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC).

7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa.

7.1. A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa.

O art. 17, § 1º, Lei nº 8.429/1992, proibia expressamente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa.

Ele foi revogado pela Medida Provisória n. 703/2015. Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Infelizmente, a MP 703/2015 caducou em maio de 2016, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional.

Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Espera-se que ele seja confirmado pelo Congresso Nacional.

instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações”. (ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 190). Sobre o assunto, CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, cit., p. 30-35. Disponível em: www.civilprocedurereview.com Acesso em: 21.04.2014.



A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal. A própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal do quanto se diz. Há mais garantias ao réu na ação de improbidade por serem as sanções aplicáveis mais graves.

À época da edição da Lei n. 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do Processo Penal.

Sucedem que, a partir de 1995, com a Lei n. 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual³⁶.

A transação penal (art. 76, Lei n. 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei n. 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O Processo Penal também sofreu transformações, com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei n. 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada” surgem institutos de *compliance* das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público

³⁶ Percebeu o ponto: CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 545-546.



era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

A interpretação literal do comando do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 levava uma situação absurda³⁷: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação.

A Lei 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei n. 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. O propósito da lei é regular “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 1º). Os arts. 16-17 dessa lei regulam o chamado “acordo de leniência”, negócio jurídico de eficácia complexa. A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa. “A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa”.³⁸

A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da Medida Provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção,

³⁷ Situação “curiosa”, como anotou CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.



ações de improbidade de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei n. 12.846/2013). A MP 703/2015, porém, caducou, em 30.05.2016, por não ter sido examinada pelo Congresso Nacional.

Por outro lado, como já defendíamos anteriormente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica à qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. ún., CPC).

Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada³⁹ e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.

7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário.

Mesmo ao tempo de vigência do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo não se aplicava à parcela do objeto litigioso do processo relativa ao pedido ressarcitório/desconstitutivo. Nesse caso, a proibição não incidia.

Impedir a autocomposição, nessas situações, seria criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, mormente quando se sabe que, em muitos

³⁹ Sobre o tema, especificamente: DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 439-460.



casos, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida.

E ainda havia um argumento dogmático bem forte: o pedido ressarcitório poderia ser veiculado, autonomamente, em processo de ação civil pública, em que o acordo é plenamente possível, conforme já visto. Não se trata de pedido que pressupõe procedimento especial⁴⁰.

8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada.

O juiz poderá controlar, na fase homologatória, o conteúdo da transação sobre o objeto litigioso: deixando de homologá-la, homologando-a parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

As partes colegitimadas poderão, portanto, peticionar ao juiz, antes da homologação, caso não tenham participado do acordo, solicitando a intervenção no processo (art. 5º, § 2º, Lei 7.347/1985) e requerendo a não homologação do acordo, sua homologação parcial ou a adaptação de determinadas cláusulas para garantia de sua adequação à tutela dos direitos. O Ministério Público como interveniente obrigatório poderá fazer o mesmo.

Em relação aos negócios processuais, cabe ao órgão julgador o controle da sua validade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

Nas ações individuais, os acordos não dependem de controle judicial, em regra. Na maior parte dos casos as partes litigam sobre direitos disponíveis, não há necessidade de intervenção do judiciário para assegurar os direitos.

Nos processos coletivos isto é diferente.

Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação

⁴⁰ Nesse sentido, mais recentemente: NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201.



dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todas os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato.⁴¹

Existem duas formas de obter um título executivo judicial a partir de uma conciliação em direitos coletivos *lato sensu*.

A primeira é formular o compromisso de ajustamento de conduta em uma ação coletiva judicial já intentada, nos termos do art. 515, II do CPC, pois será título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição judicial”. A segunda, requerer a homologação judicial do compromisso, valendo-se dos permissivos do art. 515, III, que determina ser título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”, e do art. 725, VIII, que prevê o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial.

⁴¹ No âmbito das *class actions* norte americanas ocorreu reforma em 2003 para estabelecer uma série de exigências nos acordos (*settlements*) em processos coletivos (*class action litigation*), alterando a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Litigation*. A mais importante diz respeito a admissão dos acordos apenas após a aprovação da Corte, portanto, a necessidade de controle judicial destes acordos tanto do ponto de vista do mérito, quanto do ponto de vista do devido processo legal. A Corte deverá garantir a oportunidade de todos que serão vinculados pelo acordo tomem conhecimento deste, mediante a notificação adequada. Como a proposta será vinculante, os membros deverão ser ouvidos e deverá ser verificado se a proposta é justa, razoável e adequada. No caso de litígios envolvendo danos individuais homogêneos (*class actions for damages*) a participação dos envolvidos será ainda mais intensa, permitindo o *opt out*, mesmo que não tenha sido essa a opção anterior ao acordo, permitindo-se igualmente a impugnação por parte dos membros do grupo que somente será desconsiderada por decisão da própria Corte. Assim: “(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.” Cf.: KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012, p. 283 e ss. Observe-se que há grande polêmica atual em relação à arbitragem coletiva, a Suprema Corte tem admitido cláusulas arbitrais que excluem *class actions* em contratos de consumo ou relações trabalhistas, cf. RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. In: *The Yale Law Journal*, 124: 2804, Disponível em: <file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf>. Acesso em: 24.03.2016.



A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de deliberação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art.1.015 do CPC⁴².

Note-se, justamente por isso, que o acordo judicial prescinde de aprovação pelo Conselho Superior do Ministério Público, uma vez que, judicializada a matéria, não há mais risco de arquivamento implícito do inquérito civil, passando o controle do órgão superior do Ministério Público ao juiz da causa. Além disto, este controle é necessário, pois mesmo as partes não-públicas, aquelas que não são legitimadas para o compromisso de ajustamento de conduta, na esfera extrajudicial, poderão requerer a homologação de acordo.

Não sendo o Ministério Público o autor do compromisso de ajustamento de conduta, a homologação em juízo dependerá obrigatoriamente da sua oitiva como fiscal da ordem jurídica, decorrência lógica do microsistema do processo coletivo. Se o Ministério Público interfere em todas as ações coletivas, também na homologação judicial de acordo extrajudicial no qual se transacionem direitos coletivos *lato sensu* sua oitiva é obrigatória.

A decisão que não homologa acordo extrajudicial, em ação em que se pede essa homologação (art. 725, VIII, CPC) é sentença e, assim, apelável (art. 724, CPC).

Um dos elementos que deverá ser controlado pelo juiz no momento da homologação do acordo judicial ou extrajudicial será a adequada representação das partes envolvidas, ou seja, a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta.

Por exemplo, se o acordo versar sobre danos ambientais nos quais se discuta para além da responsabilidade da empresa a responsabilidade do Estado e dos órgãos de fiscalização por omissão ou comissão a representação adequada por parte do Estado pode estar prejudicada,

⁴² DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 217.



havendo conflito de interesses, pois o acordo pode ser indevidamente antecipado para fins de salvaguardar a responsabilidade do próprio Estado em ações futuras de responsabilidade.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada”, exigidas no enfrentamento da legitimidade *ad causam*⁴³.

9. Limites à autocomposição nos processos coletivos.

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário⁴⁴ ou como técnica de aceleração dos processos a qualquer curso⁴⁵. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos individuais e coletivos.

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito a liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no

⁴³ NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4, p. 295.

⁴⁴ Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: “a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes – direito mais do que legítimo – passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos” (YARSELL, Flávio Luiz. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3).

⁴⁵ Com o grave risco de celebração de “acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional” (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos/>>. Acesso em: 23 dez. 2015).



direito ao autorregramento;⁴⁶ c) a percepção de que com a participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

O respeito aos princípios da mediação e da conciliação, em especial a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a oralidade, a informalidade, e a decisão informada, é essencial para obter um resultado justo e equilibrado, que respeite o princípio da adequação.

É perigosa e ilícita, com base na disposição expressa do art. 165, § 2º, CPC, a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador, muito embora isto não gere nulidade.

O ideal é que existam profissionais especialmente preparados para exercer esta função, o que não impede que o juiz homologue os acordos realizados pelas partes ou supervisione o processo de mediação ou conciliação.

O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo.

⁴⁶ Na doutrina, demonstrando a existência de litígios coletivos globais, locais e de difusão irradiada, cf. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 49-108. Como foi argumentado, não há “uma” sociedade estática, mas diversos interesses em conflito que precisam ter oportunidade de serem levados em consideração nas soluções autocompositivas, característica presente nos processos coletivos e denominada de “conflituosidade interna”, que afasta as antigas presunções de “indivisibilidade” como dogma da tutela dos direitos de grupo.



10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes.

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação e negociação direta, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)⁴⁷. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

A propósito, eis o que afirma Owen Fiss:

A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.⁴⁸

⁴⁷ Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. “Contra o acordo”. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e segs.

⁴⁸ FISS, Owen. “Contra o acordo”, cit., p. 125.



Parcela desses problemas não ocorre ou pelo menos é mitigada nas ações coletivas brasileiras.

Antes de mais nada no modelo brasileiro ocorre a participação do Ministério Público seja como autor, seja como fiscal do ordenamento jurídico, em defesa dos direitos coletivos.

Em segundo lugar, o magistrado poderá controlar, como vimos, o conteúdo dos acordos no momento da homologação, justamente para impedir que ocorra prejuízo ao interesse dos membros do grupo que não participam do processo, é possível o recurso do colegitimado como terceiro interessado e, além disto, a própria coisa julgada se submete à revisão *secundum eventum probationis* e às alterações dos fatos.

Em terceiro lugar poderá ocorrer, e é salutar que ocorra, a divulgação e publicização do acordo, se possível com audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para o fim de permitir que os grupos interessados participem da tomada de decisão.

11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus*.

O CPC adotou uma das premissas do processo coletivo consistente na primazia do julgamento de mérito. Esta premissa representa não somente o direito ao julgamento de mérito, mas também, o afastamento de todas as firulas processuais que possam prejudicar a tutela dos direitos.

Daí que nos processos coletivos a inexistência de prova, consistente na locução “salvo por insuficiência de provas”, permite ao juiz deixar de julgar o mérito da demanda ao invés de aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Da mesma forma, o juiz poderá rever no futuro a decisão de mérito quando as partes apresentem prova nova capaz de por si só alterar o resultado do julgamento.



Em razão disto, quando o acordo celebrado se basear em prova insuficiente, ele poderá ser revisto, desde que surja nova prova capaz de por si só alterar o resultado do acordo, demonstrando que ocorreu tutela insuficiente do direito por falta de conhecimento das partes envolvidas a respeito da extensão do ilícito ou dano objeto do acordo.

A própria autocomposição em processos coletivos deve ser a mais bem informada possível (art. 166, princípio da decisão informada). Acordo muito precoces, sem as informações necessárias sobre os impactos, a extensão e as consequências do ilícito ou do dano e sem condições de afirmar quais as medidas necessárias ou mais adequadas para sua mitigação e reparação, tendem a ser prejudiciais à tutela dos direitos e devem ser controladas pelo juiz no momento da homologação.

A coisa julgada, caso exista homologação de acordo nestes casos, será *rebus sic stantibus*: sobrevindo circunstância de fato que altere a situação definida na sentença poderá ser reproposta nova ação.

Assim, se, em processo jurisdicional ambiental, o Ministério Público ou outro colegitimado celebrar acordo para instalação de um determinado equipamento para mitigar a poluição de uma indústria e, no curso do tempo, vem a ser descoberto que a tecnologia que fora utilizada está superada, deverá ser celebrado novo acordo ou, caso seja impossível, ajuizada nova ação para proteção integral do bem ambiental, com a atualização tecnológica.

A decisão de homologação anterior pode ser revista, no caso de haver novas provas e novos fatos, capazes de por si só alterar os elementos do acordo homologado.⁴⁹

⁴⁹ Ideias defendidas por Marcelo Abelha Rodrigues, durante uma conversa informal na UFES, e também encontráveis em: ABELHA, Marcelo Rodrigues. *Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral). Disponível em: www.marceloabelha.com.br. Acesso em: 24.03.2016.



12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas

Aceita-se, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que as partes litigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo a que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 487, III, “b”). O assunto foi tratado longamente neste texto.

Consoante se pôde demonstrar, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é tutelar o direito coletivo, transindividual, de todo o grupo.

Essas circunstâncias fazem com que se admita a possibilidade de o terceiro colegitimado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição.

Nesse caso, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente. Não há, com isso, supressão de instância. Aliás, o parágrafo único do art. 996 do CPC expressamente diz que cabe recurso de terceiro que se afirme substituto processual para a discussão da situação jurídica litigiosa – *refinamento promovido pelo CPC de 2015 que foi pouco notado pela doutrina, mas que, para o processo coletivo, é fundamental*.

Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – este ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restará a ação rescisória.



Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material”.⁵⁰

Homologada a transação e transitada em julgado a decisão homologatória, a transação poderá ser impugnada mediante ação autônoma no caso de novas provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*) ou mediante ação rescisória⁵¹. O requisito, no primeiro caso, é a demonstração de que as provas novas são suficientes para gerar um outro resultado e que o acordo firmado foi realizado sem conteúdo probatório suficiente para a definição dos direitos e obrigações. Não poderia ser diferente, uma vez que o título judicial decorrente do processo de conhecimento não pode ser mais fraco que o título judicial decorrente da homologação de transação em juízo.

13. Conclusões

1 - Apesar de serem conhecidas como ADR - *Alternative Dispute Resolution* - as técnicas ligadas à Justiça Multiportas (*multi-door justice*) não são alternativas.

O que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação; se o meio for adequado, aplica-se a política nacional de conciliação e mediação.

Como o foco está na tutela dos direitos, serão as técnicas mais adequadas para a solução de litígios complexos que devem ser utilizadas, sejam elas técnicas judiciais ou extrajudiciais, seja a decisão por terceiro imparcial (jurisdição estatal ou arbitragem), seja a

⁵⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 237. Também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, VIGLIAR, José Marcelo. *Ação Civil Pública*, cit., p. 90.

⁵¹ Sobre a rescindibilidade, no CPC-2015, da decisão homologatória de acordo: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 429-430.



solução apresentada por autocomposição (mediação, conciliação, negociação direta ou outro de solução disponível).

2 - Nos processos coletivos, especialmente nas decisões ou processos estruturantes, casos em que existe a necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, o cumprimento da decisão e a própria decisão estão para além da fixação de quem tem ou não tem razão; as técnicas de justiça consensual e autocomposição podem revelar-se nestes casos muito mais adequadas, pois seu objetivo não é a aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida;

3 - portanto, o dever de estimular soluções autocompositivas, decorrente do princípio do estímulo à autocomposição (art. 3º, §2º, CPC), orienta a atuação de todos órgãos públicos envolvidos com a tutela coletiva dos direitos, que devem buscar a adequação da tutela, sua tempestividade e efetividade;

4 – por se tratar de tutela mais adequada, devem ser admitidas a mediação, a conciliação e a negociação direta mesmo em se tratando de direitos indisponíveis. A indisponibilidade será de direito e processual, nos processos coletivos a legitimação dá-se por substituição processual e os colegitimados não podem dispor do direito material pertencente ao grupo; mas dependerá da análise concreta a verificação dos graus de concreção do direito material no caso e a disponibilidade ou não do direito material debatido. Por exemplo, a fixação consensual de reparação *in pecunia* depende de um juízo concretizador do direito à indenização;

5 - os meios de solução de controvérsia, mediação, conciliação e negociação direta são marcados pela atipicidade e permitem que sejam utilizadas técnicas conforme a necessidade da tutela dos direitos. Assim, em um procedimento de conciliação o Ministério Público ou outro colegitimado poderá solicitar que se apliquem técnicas de mediação ou de negociação direta quando elas se mostrarem mais adequadas à solução da questão debatida;



6 - na formulação da transação poderá ocorrer a concreção/concretização dos direitos pelos colegitimados, definindo os prejuízos a serem indenizados e o conteúdo de obrigações previstas a partir de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos extraídos do texto legal e do ordenamento jurídico. O CPC substituiu a vinculação à mera legalidade pela adoção da legalidade ampla ou unidade do ordenamento jurídico (arts. 8º, 140, 178 e 926, *caput*);

7 - cabe ao juiz, mesmo quando não intervir como conciliador ou mediador, e ao Ministério Público, nas figuras de interveniente e agente, assegurarem-se de que foram adotadas todas as medidas necessárias para a autocomposição, inclusive insistindo na demarcação das questões sobre as quais deva operar a conciliação/mediação de forma a tornar transparente e público os objetivos do acordo e a revelar quais os “interesses” das partes, para além de suas “posições” no conflito;

8 - muito embora as melhores técnicas exijam, para a preservação da confidencialidade, imparcialidade e do ambiente favorável e transparente para a conciliação, que os juízes não participem do procedimento como conciliadores e mediadores, sua atuação, na conciliação e mediação, em processos judiciais complexos, pode mostrar-se necessária e útil para a obtenção de autocomposições qualificadas pela homologação judicial em matérias de interesse público relevante, como é o caso dos processos coletivos; assim sendo, não prejudica ou gera qualquer nulidade no processo de conciliação/mediação o envolvimento do órgão de julgamento nos litígios complexos. Da mesma forma a confidencialidade não pode impedir a publicação dos resultados do acordo, quando se tratar de matéria de interesse público;

9 - O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo;



10 - as soluções autocompositivas exigem clareza quanto aos pontos em conflito, por essa razão é imprescindível para a autocomposição a produção da prova da extensão do dano ou da conduta ilícita;

11 – caso sobrevenha prova que demonstre, por si só, a necessidade de tutela do bem jurídico coletivo - para além do que fora fixado no acordo, mesmo quando já homologado pelo juiz - será possível pleitear a revisão do acordo, por força da doutrina da coisa julgada *secundum eventum probationis* aplicável ao processo coletivo; a coisa julgada no processo coletivo se limita aos fatos debatidos na causa, e a sua revisão poderá ocorrer por ação autônoma;

12 - a conciliação e a mediação poderão ocorrer em quaisquer espécies de processos coletivos, inclusive nas ações de mandado de segurança coletivo, ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa. Não há ofensa há obrigatoriedade e ao princípio da supremacia do interesse público. O acordo neste tipo de litígio visa preservar o interesse público que pode ser dimensionado de forma dinâmica, conforme o bem jurídico a ser preservado e a finalidade deste para a tutela dos direitos e sujeição aos deveres fundamentais envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*, v. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011.

ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193.

ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L’Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007.



CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In.: ZANETI JR., Hermes; XAVIER, Tricia Navarro. *Justiça Multiportas*. (Coletânea Internacional. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Jus Podivm, 2016.

CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, cit., p. 30-35. Disponível em: www.civilprocedurereview.com Acesso em: 21.04.2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, v. 1, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, v. 4, 2014.



DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FISS, Owen. “Contra o acordo”. In: _____. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões no Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011.

KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015.

NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, v. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos/>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano*. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de



Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 10.03.2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. “Transação no curso da ação civil pública”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 16, 1995.

POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. Disponível em: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso em: 22.03.2016.

RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. In: *The Yale Law Journal*, 124: 2804, Disponível em: <file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf>. Acesso em: 24.03.2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral). Disponível em: www.marceloabelha.com.br. Acesso em: 24.03.2016.

SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.

TARUFFO, Michele. *Un'Alternativa alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti*. In: *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. In: *Revista de Processo*. v. 251, ano 41. São Paulo: Ed RT, jan. 2016.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.



VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.